

החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן בראי הגישה הכלכלית*

מאת

ברק מדינה**

הטלת החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן מגבילה בדרך כלל את חופש הפעולה של הצדדים במהלך המשא ומתן. תכלית הדברים המובאים כאן היא להצביע על מצבים שבהם הגבלה זו דווקא מסייעת להם. בהקשר זה תוצע להלן אמת-מידה להחלתה של חובת תום הלב בדרך שאינה סותרת את הערך של חופש החוזה.

בעת ניהול משא ומתן לקראת כריתת חוזה עלול כל אחד מן הצדדים להיות חשוף לסיכון הנובע מאי ודאות באשר לתועלת שיפיק מקיום החוזה. במקרים רבים המידע הרלבנטי אינו מצוי ברשות אחד הצדדים, והשגתו מחייבת השקעת משאבים. במקרים אלה, היקף ההשקעה בהשגת המידע עלול להיות נמוך מזה האופטימלי מבחינת תועלתם המשותפת של הצדדים לחוזה. מצב כזה צפוי, למשל, כאשר ההשקעה בהשגת המידע נדרשת קודם לכריתת הסכם בין הצדדים, והתנהגותו של הצד אשר השקיע בהשגת המידע עשויה לאותת לחברו על תוכן המידע שהושג.

המאמר נועד להראות כיצד יישום מתאים של החובה לנהוג במשא ומתן "בדרך מקובלת ובתום לב" עשוי להבטיח השקעה אופטימלית בהשגת מידע כאמור. חובת תום הלב מתפרשת כאן כהגבלה על חופש הפעולה של צד למשא ומתן לנהוג בדרך אופורטוניסטית, המתבטאת בניצול עמדת מיקוד עדיפה לאחר שההוצאות שבהן נשא הצד השני (לשם השגת מידע) הן בבחינת "הוצאות שקועות". הוראת הדין משמשת כתחליף להשגת הסכמה לפעול בדרך של "שיתוף פעולה", והיא נחוצה משום שעל הצדדים להחליט כיצד לפעול – היינו: מה יהיה היקף ההשקעה בהשגת מידע – בשלב מוקדם של המשא ומתן ביניהם, בו אין זה ברור כלל כי ייכרת הסכם.

* אני מודה לד"ר עמרי בן-שחר, לפרופ' יורם מישור, לפרופ' אוריאל פרוקציה ולמשתתפי הכנס בנושא ניתוח כלכלי של דיני חוזים שנערך באוניברסיטת תל-אביב ביוני 1998, על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות של מאמר זה.

** מרצה, בית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

א. הקדמה. ב. הצגת המודל ותוצאותיו; 1. תיאור המודל וההנחות שבבסיסו; 2. שיווי המשקל בהעדר התערבות חיצונית; 3. הגבלת חופש הפעולה בשלב הטרנס-חוזי. ג. הרחבות אפשריות של המודל; 1. הכוונה של היקף ההשקעה בהשגת מידע; 2. יצירת מצג על-ידי הצד השני למשא ומתן. ד. הגדרת היקפה של ההשקעה האופטימלית בהשגת מידע. ה. תוצאות הדיון בראי הדיון הנוהג. ו. סיכום.

א. הקדמה

במהלך משא ומתן לקראת כריתת חוזה קורה תדיר שהצדדים נדרשים להוציא הוצאות שונות – לשם הגדלת תועלתם אם אומנם ייכרת החוזה או כדי לברר את כדאיות ההתקשרות. אולם, ככל שההוצאות שבהן מדובר הן ייחודיות להתקשרות המוצעת (specific investment), היקף ההשקעה בהן עלול להיות נמוך מזה האופטימלי מבחינת תועלתם המשותפת של הצדדים. זאת משום שהשקעתו של צד למשא ומתן בהוצאות הסתמכות עלולה להחליש את עמדת המיקוח שלו: לאחר שההוצאות כבר הוצאו, צפוי הצד שהוציאן להסכים להתקשר בחוזה בתנאים פחות טובים עבורו מאלה שהיה מסכים להם בטרם הוצאו. במקביל, אם הצד השני למשא ומתן יודע כי חברו הוציא כבר הוצאות כאמור, הוא עלול לנצל את עמדת המיקוח העדיפה שלו. באופן זה, צד למשא ומתן צפוי להימנע מלפעול בדרך שהיתה עשויה להביא להגדלת "העוגה החוזית" רק כדי להבטיח לעצמו נתח גדול יותר – גם במחיר יצירת "עוגה" קטנה יותר.

תוצאה דומה של השקעה נמוכה מזו האופטימלית בהוצאות הסתמכות ספציפיות נדונה בספרות הכלכלית, בעיקר ביחס למקרים שבהם ההוצאה אמורה להיות מאוחרת לכריתת החוזה וגם קודמת להשקעה מסוג דומה על-ידי הצד השני. התוצאה של השקעת חסר נובעת מחששו של צד לחוזה כי יהיה נתון לכוח סחיטה של הצד השני, לאחר שהוצאות ההסתמכות שהוציא יהיו בבחינת "הוצאות שקועות"¹. פתרון הסוגיה אינו טריביאלי (הכללת היקף ההשקעה של כל צד במסגרת ההתחייבויות הכלולות בחוזה) כאשר מדובר בהוצאות שאינן ניתנות לאימות². עם זאת, מכיוון שהן אמורות

1 היינו: הוצאות שכבר הוצאו, ולפיכך אינן נכללות בתחשיב בדבר כדאיות ההתקשרות, המתייחס לעתיד בלבד (כלומר: להכנסות הצפויות ולהוצאות שטרם הוצאו). תוצאה בסיסית זו מכונה בספרות "Williamsonian holdup", על שמו של המחבר שניסח אותה לראשונה: O.E. Williamson *Markets and Hierarchies: Analysis and Anti-Trust Implications* (1975).

2 לדין במצבים של השקעה בהוצאות הסתמכות שאינן ניתנות לאימות ראו, למשל, O.D. Hart *Firms, Contracts, and Financial Structure* (1995); W.P. Rogerson "Contractual Solutions to the Hold-Up Problem" 59 *Rev. Econ. Stud.* (1992) 777.

להיות מוצאות לאחר כריתת החוזה, ההצעות לפתרון הבעיה מתמקדות בבחינת דרך הניסוח הראויה של החוזה ובבחירת הסעדים בגין הפרתו.³

מאידך גיסא, הסיטואציה הנדונה כאן היא שונה, שכן היא מאופיינת בכך שהוצאות ההסתמכות שבהן מדובר צריכות להיות מוצאות קודם לכריתת החוזה על-ידי הצדדים. פתרון הבעיה של השקעת חסר צריך להיעשות באמצעות מנגנון שיאפשר לצדדים לכבול את עצמם באופן אמין בהתחייבות שלא לפעול בדרך אופורטוניסטית, לאחר שהצד השני ישקיע בהוצאות ההסתמכות.

בספרות התפתח דיון בשני סוגים של אמצעים להשגחה של מטרה זו. הגישה הראשונה מתמקדת בהכרה בקיומה של "הבטחה" הניתנת לאכיפה, בנסיבות שבהן הדבר נחוץ כדי לאפשר לצד השני לחוזה להשקיע באופן אופטימלי בהוצאות הסתמכות.⁴ הקושי בגישה זו נעוץ בהסתמכות המוחלטת על אמות מידה אובייקטיביות לקביעת קיומו של קשר חוזי מחייב, תוך זניחתם של יסודות סובייקטיביים בדבר גמירות דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה. מעבר לכך, גישה זו אף עלולה להוביל לתוצאות בלתי יעילות – הן בשל הפגיעה באפשרות של הצדדים להחליף ביניהם מסרים בלתי

3 ראו, למשל, A. Edlin "Cadillac Contracts and Up-front Payments: Efficient Investment under Expectation Damages" 12 *J. L. Econ. & Org.* (1996) 98; A. Edlin & S. Reichelstein "Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment" 86 *Am. Econ. Rev.* (1996) 478; A. Edlin & S. Reichelstein "Specific Investment Under Negotiated Transfer Pricing: An Efficiency Result" 70 *Acc. Rev.* (1995) 275.

4 כך, למשל, טען Craswell, כי ניתן לפרש את דיני ההצעה והקיבול באופן הבא: רואים את המשא ומתן ככזה שהשתכלל לכדי חוזה מחייב אם יש צורך בכך כדי להמריץ צד לחוזה להשקיע באופן אופטימלי בהוצאות הסתמכות חרויות: R. Craswell "Offer, Acceptance, and Efficient Reliance" 48 *Stan. L. Rev.* (1996) 481. ברור דומה טען Katz, כי הקביעה אם הבטחה הניתנת על-ידי צד למשא ומתן תיחשב כמחייבת (מכוח "השחק הבטחה") צריכה להתבסס על המענה לשאלה, האם מתן חוקף מחייב להבטחה יועיל להביא את הצדדים להשקיע באופן יעיל בהוצאות הסתמכות. לשם כך יש לבחון בידי מי מן הצדדים צפוי להיות כוח מיקוח עדיף במשא ומתן שיתנהל בשלב שלאחר ההשקעה בהוצאות ההסתמכות, אם ייקבע כי ההבטחה אינה מחייבת: A. Katz, "When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations" 105 *Yale L. J.* (1996) 1249.

לדיון בסוגיה זו ראו גם, בין היתר, Farber & Matheson "Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the 'Invisible Handshake'" 52 *U. Chi. L. Rev.* (1985) 903; R.E. Barnett & M.E. Becker "Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities and Misrepresentations" 15 *Hofstra L. Rev.* (1987) 443; A. Katz "Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts" 21 *Rand J. Econ.* (1990) 518.

מחייבים במהלך המשא ומתן⁵ והן בשל האפשרות שהתקשרות מוקדמת אינה הדרך היעילה⁶.

ואכן, בספרות הוצעה דרך נוספת להתמודד עם "כשל השוק" הנובע מההכרח להוציא הוצאות בטרם נכרת חוזה מחייב בין הצדדים. לפי הדרך השנייה, במקום לייתר את המשא ומתן המתנהל לאחר ההשקעה בהוצאות ההסתמכות (כפי שקורה לפי הדרך הראשונה, בה מכירים כבר בקיומו של חוזה מחייב באותו מועד), מטילים מגבלות על חופש הפעולה של הצדדים בשלב המיקוח. נטען, כי הגבלת חופש הפעולה של הצדדים במשא ומתן עשויה לסייע בפתרון הבעיה⁷. המדובר באיום להטיל על צד למשא ומתן חבות לשאת בהוצאות ההסתמכות שהוציא חברו, אם התנהגותו של הראשון במהלך המשא ומתן (הנערך לאחר ההשקעה של חברו בהוצאות ההסתמכות) מבטאת ניסיון לנצל את עמדת המיקוח העדיפה שלו. בפרט, בבצ'וק ובן-שחר הראו כי ניתן להגדיר מחיר "הוגן" (מרבי או מוערי, לפי העניין), אשר סטייה ממנו תיחשב לניסיון אופורטוניסטי לנצל את העובדה שצד לחוזה כבר השקיע בהוצאות ההסתמכות⁸. אם בידי בית-המשפט המידע הרלבנטי, ניתן להגביל את חופש הפעולה של הצדדים באופן האמור, תוך שימוש בעיקרון המחייב צד למשא ומתן לנהל משא ומתן בדרך מקובלת ובתום לב. אכיפה של כלל מסוג זה צפויה להבטיח השקעה אופטימלית בהוצאות ההסתמכות גם בטרם נכרת חוזה מחייב בין הצדדים.

נקודת המוצא של הדיון המובא אצל בבצ'וק ובן-שחר היא כי בידי הצדדים מידע מלא בדבר שווייה של ההתקשרות החוזית לכל אחד מהם. בהתאם, הניתוח שלהם מתייחס להשקעה בהוצאות ההסתמכות שנועדו להגדיל את התועלת שניתן יהיה להפיק מההתקשרות אם ייכרת הסכם בין הצדדים⁹. חסרונה העיקרי של גישה זו הוא העדרה של הצדקה להנחה שהוצאות ההסתמכות חייבות להיות מוצאות בטרם הגיעו הצדדים

5 לדין בתועלת העשויה לנבוע מן החופש להחליף מסרים בלתי מחייבים במהלך משא ומתן ("cheap talk") ראו J.S. Johnston "Communication and Courtship: Cheap Talk, Economics and the Law of Contract Formation" 85 *Va. L. Rev.* (1999) 385.

6 למשל, בשל החשש מאובדן הזדמנויות חלופיות לכריתת הסכם בעת ההמתנה לתוצאות ההשקעה בהשגת מידע, אשר נועדה לקבוע האם יש בכלל מקום לחוזה יעיל בין הצדדים.

7 ראו W.P. Wils "Who Should Bear the Costs of Failed Negotiations? A Functional Inquiry into Pre-Contractual Liability" 4 *Journal des Economistes et des Etudes Humaines* (1992) 93; L.A. Bechuk & O. Ben-Shahar "Pre-Contractual Reliance" (discussion paper No. 192 Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, December 1996).

8 בבצ'וק ובן-שחר (לעיל, הערה 7), בפרק V.A.

9 שם, בפרק II.E.

להסכם. במרבית המקרים אין זה סביר להניח כי בנסיבות שבהן יש בידי שני הצדדים מידע מלא בדבר שוויו של החוזה לכל אחד מהם, הם לא יוכלו להגיע להסכמה באשר להשקעה האופטימלית בהוצאות ההסתמכות¹⁰. אם הצדדים צפויים להגיע להסכם ללא קשר להיקף ההשקעה שלהם בהוצאות ההסתמכות – וכך הוא המצב על-פי המודל המובא אצל בבצ'וק ובן-שחר – ניתן לצפות להשגת הסכמה מוקדמת באשר להיקפן של הוצאות אלה, תוך ייתור הצורך בהתערבות חיצונית.

שונים הם פני הדברים אם אין מניחים שעוד בטרם התקשרו הצדדים בחוזה היה בידיהם מידע מלא בדבר התועלת שיפיקו מקיום החוזה. במקרה זה, קודם להשקעה בהוצאות להשגת המידע חשופים הצדדים לסיכון כי יתברר שאין מקום כלל להתקשרות יעילה ביניהם. לפיכך, ניתן בהחלט לתאר מקרים שבהם צדדים רציונליים יעדיפו להימנע מהתקשרות בטרם הושג המידע: באופן זה, הנשיאה בהוצאות הדרושות לכריתת הסכם מותנה (הסכם אופציה) עוד בטרם השקיעו הצדדים בהשגת מידע, עלולה להיות בלתי כדאית, אם קיים סיכון ממשי שלאחר השגת המידע יתברר כי כלל אין מקום לכריתת חוזה בין הצדדים. כמו כן, כריתת חוזה אופציה כאמור תחייב את הצדדים לשאת בעלות הנובעת מאובדן הזדמנויות במהלך תקופת ההמתנה לתוצאות ההשקעה בהשגת מידע, באופן העלול להפוך את ההתקשרות המוקדמת לבלתי כדאית, כפי שאדגים בהמשך.

בפועל, נראה כי חלק הארי של הוצאות ההסתמכות המוצאות בשלב הטרום-חוזה אינן הוצאות המוצאות לשם הגדלת התועלת שתופק מן החוזה; אלא דווקא הוצאות הדרושות להשגת מידע בדבר כדאיות ההתקשרות. תכלית הדברים המובאים כאן היא, לפיכך, להראות כיצד עשויה הגבלת חופש הפעולה של הצדדים לקרב את היקף ההשקעה של הצדדים בהוצאות ההסתמכות להשגת מידע להיקף האופטימלי מבחינת תועלתם המשותפת.

סדר הצגת הדברים הוא כדלקמן: אפתח בהצגת הסיטואציה הנדונה באמצעות מודל פשוט (פרק ב'). במסגרת זו יוגדר היקף ההשקעה האופטימלי בהוצאות להשגת מידע ויצגנו התוצאה הצפויה של השקעת-חסר בהעדר הסכמה בין הצדדים קודם להשקעה זו ותוכנו של החוזה המותנה המאפשר להשיג את התוצאה האופטימלית. לאחר מכן יתוארו, במסגרת המודל, סיבות אפשריות העלולות למנוע את הצדדים מכריתת חוזה מותנה כאמור. לסיום יודגמו היתרונות שבהגבלות שונות של חופש הפעולה של הצדדים

10 אלא אם מדובר בהוצאות שאינן ניתנות לאימות, שאז אין הבדל אם הן מוצאות בשלב הטרום-חוזה או לאחר כריתת החוזה. מאידך גיסא, ההנחה במודל המובא אצל בבצ'וק ובן-שחר היא כי מדובר בהוצאות הניתנות לאימות (שכן אחרת לא ניתן להפעיל את הסנקציה הנובעת מהטלת אחריות בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן – חיוב המוכר לפצות את הקונה בגין הוצאות ההסתמכות שהוציא). ראו בבצ'וק ובן-שחר, שם.

בעת ניהול המשא ומתן בשלב שאחרי ההשקעה בהוצאות הסתמכות. כעקבות זאת יובא דיון, הכולל שלושה חלקים: בראשון (פרק ג') יוצגו בקצרה אפשרויות להרחבת המודל, הן ביחס לסוגים שונים של השקעה בהשגת מידע והן ביחס להטלת אחריות בגין דרך הפעולה במשא ומתן שנערך בשלב שקדם להשקעה בהשגת מידע; בשני (פרק ד') תידון הערה הנוגעת לתועלת שבעידוד ההשקעה בהשגת מידע, אף שזו אינה צפויה להגדיל את התועלת מן החוזה; ובשלישי (פרק ה') יוצג היחס שבין הטיעון התיאורטי הנובע מהמודל לבין דרך החלתה בפועל של התובנה לנהוג במשא ומתן בדרך מקובלת ובתום לב. הערות סיכום חותמות את הדברים (פרק ו').

ב. הצגת המודל ותוצאותיו

1. תיאור המודל וההנחות שבבסיסו

שני צדדים – "קונה" ו"מוכר" – מנהלים (או שוקלים לנהל) משא ומתן לכריתת חוזה לייצור נכס (או להעברת זכות בעלות בנכס קיים). עלות הייצור של הנכס (או שווי המוכר, במקרה של נכס קיים) תסומן C, ולשם פשטות אניח כי היא ידועה לשני הצדדים. מאידך גיסא, בידי הצדדים הערכה בלבד של הרווח שאותו צפוי הקונה להפיק מן הנכס. נתון זה צפוי להתברר בתקופה כלשהי בעתיד (ואז הוא יהיה ידוע לכל), אך הקונה יכול להקדים ולהשיג מידע זה אם ישקיע בכך משאבים¹¹.

אני מניח עוד, כי המידע שמבקש הקונה להשיג אינו מצוי בידעו של המוכר: המדובר, למשל, במידע הנוגע להתאמתו של השירות או הנכס לצרכיו של הקונה (או במידע הקשור לעלות הייצור של הנכס מבחינתו של המוכר, אם מניחים שהוא הנדרש להשקיע בהשגת מידע). לכן, הטלת חובת גילוי על הצד השני לחוזה אינה צפויה להועיל¹². השגת המידע מחייבת השקעת משאבים, זאת כדי לקבוע אם יש מקום לחוזה יעיל בין הצדדים.

11 ההנחה לפיה רק אחד הצדדים נדרש להחליט אם להשקיע בהשגת מידע נועדה לפשט את דרך הצגת הדברים, ואין היא משפיעה, איכותית, על התוצאה. לדיון במצבים של השקעה דו-צדדית בהוצאות הסתמכות ראו בבצ'וק ובן-שחר (לעיל, הערה 7), בפרק II.C.

12 עם זאת, כפי שאראה בהמשך, ההחלטה אם להשקיע בהשגת מידע תלויה במידע המצוי בידי הצדדים בטרם ברצעה ההשקעה בהשגת המידע, ולפיכך הטלת חובות גילוי עשויה להיות בעלת חשיבות. ראו בעניין זה להלן, פרק ג'.

בטרם הושקעו משאבים בהשגת מידע, הצדדים מעריכים כי שווי הנכס לקונה עשוי להיות "גבוה" – V_H , וכך יקרה בהסתברות p , או "נמוך" – V_L , וכך יקרה בהסתברות $(1-p)$ לפיכך, התוחלת של שווי הנכס לקונה, אשר תסומן כ- $\hat{V}$, היא $\hat{V} \equiv pV_H + (1-p)V_L$. לכל אורך הדרך אניח כי הצדדים אדישים לסיכון¹³.

לפיכך, ייתכנו שלושה מצבים: בראשון, $V_L > C$ (וממילא $\hat{V} > C$); בשני, $V_L < C$ אך $\hat{V} > C$; ובשלישי, $V_L < C$ וכן $\hat{V} < C$. במקרה הראשון, הצדדים יוכלו לכוות הסכם גם בלי השגת מידע. ממילא לקונה לא יהיה כל תמריץ להשקיע בהשגת המידע בטרם התקשר בחוזה. השקעה כזו לא תביא לקונה כל תועלת, אך תחייב אותו לשאת בעלות הכרוכה בהשגת המידע (וכן, אם בידי המוכר מידע בדבר עצם ההשקעה של הקונה בהשגת מידע, היא עלולה לחייבו לשלם תמורה גבוהה יותר בעד הנכס¹⁴).

מאידך גיסא, כאשר $V_L < C$, לקונה עשויה לצמוח תועלת מהשגת מידע מוקדמת של המידע: במקרה השני, השגת המידע תביא לחיסכון בהוצאות הכרוכות בכריתת ההסכם (ומניעה של אובדן הזדמנויות עסקיות למוכר בפרק הזמן שעד להשגת המידע על-ידי הקונה¹⁵). לשם מיקוד הדיון, אסתפק בניתוח המקרה השלישי, שבו אלמלא ההשקעה בהשגת המידע היה הקונה נמנע מרכישת הנכס בטרם נודע לו השווי ($\hat{V} < C$). במקרה זה, התועלת מן ההשקעה במידע נובעת מהסיכוי שיתברר כי שווי הנכס לקונה הוא גבוה ולפיכך ייכרת הסכם. ההנחה היא כי אי מכירת הנכס לקונה עד למועד שבו המידע באשר לשווי יתברר "מעצמו" תביא לאובדן האפשרות להפיק תועלת מן הנכס בפרק הזמן הזה. אסמן את היקפו של הפסד זה כ- D (כאשר $V_H \geq C + D$).

כאמור, הקונה יכול להקדים את מועד השגת המידע באמצעות השקעה, אותה אסמן $16R$. עוד אניח, כי הערכתם המוקדמת של הצדדים בדבר ההתפלגות של ערכי התועלת

13 הנחה זו נועדה לשם פישוט ההצגה הפורמלית של הטיעון. הסרתה אינה צפויה להשפיע על תקפות הטיעונים המובאים בהמשך.

14 בהתאם לערכה של ההסתברות p , המוכר עשוי לבחור באסטרטגיה של מכירת הנכס לקונים בעלי תועלת גבוהה בלבד, על-ידי דרישת מחיר של V_H . ראו בעניין זה J. Crémer & F. Khalil, "Gathering Information before Signing a Contract" 82 *Am. Econ. Rev.* (1992) 566. בשינוי משקל, הצדדים צפויים להעדיף להתקשר בהסכם בטרם השגת המידע.

15 במקרה כזה, הצדדים צפויים להתקשר בהסכם מותנה, שתוקפו יפקע אם יתברר כי שווי הנכס לקונה הוא "נמוך" – כלומר: אם יתברר שהחוזה אינו יעיל. לפיכך, התועלת מהשגת המידע קודם לכריתתה היא בעיקר החיסכון בהוצאות העסקה הכרוכות בהתקשרות בהסכם, אשר עלול להתברר כבלתי יעיל.

16 ההנחה היא כי זו הוצאה ספציפית להתקשרות המוצעת, כך שלא ניתן יהיה לעשות במידע שהתקבל כל שימוש אחר. בהמשך אציג הרחבה אפשרית של המודל, לתיאור היקפה של ההשקעה. עם זאת, ניתן להציג את התוצאות העיקריות גם באמצעות המודל הפשוט, בו הקונה נדרש להחליט האם להשקיע בהשגת מידע.

מן הנכס היא נכונה, היינו: אם הקונה ישקיע את המשאבים הדרושים להשגת המידע, הרי שבהסתברות p יתברר כי שווי של הנכס הוא גבוה, ובהסתברות $(1-p)$ יתברר כי שווי נמוך¹⁷.

סדר הפעולות הוא זה: בשלב 1 נדרשים הצדדים להחליט האם להתקשר בהסכם מותנה (הסכם אופציה) שבו ייקבעו כל פרטי ההתקשרות, לרבות התמורה החוזית, ותוקנה לקונה אופציה לבטל את החוזה אם לאחר ההשקעה בהשגת המידע יתברר לו כי שווי החוזה עבורו הוא "נמוך"¹⁸. שלב 2 הוא השלב שבו הקונה יכול להשקיע בהשגת מידע באשר לכדאיות ההתקשרות. החלטתו זו תושפע כמובן מהתוצאה של השלב הקודם, כלומר: האם תנאי ההסכם – בו יתקשר אם יתברר לו שהרווח הצפוי ממנו הוא "גבוה" – כבר נקבעו (במסגרת החוזה המותנה), ומערכי הפרמטרים, כפי שנראה מיד. בשלב 3 הוא השלב שבו עשויים הצדדים לנהל משא ומתן לאחר ההשקעה בהוצאות להשגת מידע: הם צפויים לעשות כן רק אם נמנעו מכריתת חוזה אופציה, אך הקונה בחר בכל זאת להשקיע בהשגת מידע והתברר לו כי התועלת הצפויה לו מן החוזה היא "גבוהה". בשלב 4 צפוי המידע בדבר שווי של החוזה לקונה להפוך להיות נחלת הכלל, ולהגיע לפיכך גם לידיעת הקונה, אם לא אירע כך קודם לכן בזכות ההשקעה בהשגת המידע. הצדדים יוכלו להתקשר בחוזה בשלב זה, אם לא עשו כן קודם לכן.

17 זו הנחה מהסוג המכונה *rational expectations*. לשימוש בהנחות דומות להערכה מהי ההשקעה האופטימלית בהשגת מידע בדבר הסיכון הכרוך בפעילות מסוימת, כחלק מהגדרתה של רמת הזהירות הסבירה בנוזקין, ראו S. Shavell "Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk" 21 *J. leg. Stud.* (1992) 259.

18 כך, למשל, הצדדים עשויים להתקשר בחוזה על תנאי (בין אם התנאי הוא מתלה או מפסיק), בו התנאי הוא תוכנו של המידע שיתברר לקונה; כמו כן הם עשויים להתקשר בחוזה אופציה, כאמור בטקסט. במקרה האחרון, זכותו של הקונה להחליט על ביטול ההסכם צפויה להיות מוגבלת כמובן בזמן, כך שהיא תפקע בתום שלב 3, המתואר להלן.

שלב 1 :

/ \
 כן לא
 / \

הקונה מחליט		שלב 2: הקונה מחליט	
האם להשקיע		האם להשקיע	
בהשגת מידע		בהשגת מידע	
/	\	/	\
כן	לא	כן	לא

שלב 3: אין חוזה מו"מ לכריתת החוזה החוזה המותנה
חוזה, אם התברר המותנה תקף רק אם התברר
כי השווי "גבוה" תקף כי השווי "גבוה"

להשלמת התמונה דרוש תיאור של כל אחד משלבי המיקוח האפשריים: אני מניח כי בכל אחד מהמועדים האפשריים למשא ומתן המיקוח הוא מסוג הצעה אולטימטיבית (take-it-or-leave-it) על-ידי אחד הצדדים. עוד אניח, כי הצדדים מעריכים כי ההסתברות שהכות להציע הצעה אולטימטיבית יהיה בידי הקונה היא α . לפיכך, על-פי ההסתברות α נקבעת גם תוחלת הנתח מתוך העוגה החוזית שכל אחד מהצדדים צופה לקבל¹⁹.

19 אף שלכאורה זו נראית הנחה בלתי סבירה, היא משקפת מצב בו שיעור α מבטא "מוסכמה חברתית" (הירצרת focal point) בדבר דרך חלוקת תוספת התועלת הנובעת מן החזרה, למשל בחלקים שווים בין הצדדים (שאו $\alpha = 0.5$). אין זה אלא ביטוי פורמלי, באופן המקובל בתיאוריה של מיקוח, באשר לכוח המיקוח היחסי של הצדדים, לפיו נקבעת חלוקתה של "העוגה החזוית" ביניהם. סבירותה של ההנחה צריכה להימדד על-פי הטענה הנובעת ממנה באשר לתוצאות הצפויות של המיקוח בין הצדדים. אתייחס לכך להלן, בהערה 23.

עוד אניח, כי ההתקשרות בהסכם כרוכה ב"הוצאות עסקה", ואותן אסמן כסכום T כלשהו (בו נושאים הצדדים בחלקים שווים)²⁰. ההתקשרות בהסכם מותנה עשויה להיות כרוכה בעלות נוספת למוכר, הנובעת מאיבוד הזדמנויות למכירת הנכס לקונים חלופיים. עם זאת, כדי להימנע מסרבול בהצגת הדברים, אפתח בתיאור התוצאות בהתעלם מעלות אחרונה זו, ורק לאחר מכן אוסיף התייחסות גם אליה.

2. שיווי המשקל בהעדר התערבות חיצונית

כדי לנתח את התוצאות הצפויות בשיווי משקל ולהדגים את "כשל השוק" האפשרי, יש לבחון תחילה את תוחלת הרווח הצפויה לכל אחד מהצדדים בכל אחת מארבע התוצאות האפשריות. אציג זאת בערכים של α .

התוצאה האפשרית הראשונה (המצוינת כראשונה מימין בתיאור הסכמתי שהובא לעיל) היא הימנעות מכריתת חוזה מותנה ומהשקעה במידע על-ידי הקונה. לאור ההנחה $\hat{V} < C$, לא ייכרת חוזה בין הצדדים (ולא ינוהל כלל משא ומתן ביניהם) לפני שלב 4. חוזה יהיה אפשרי רק בשלב זה, לאחר שהמידע הופך נחלת הכלל. במקרה כזה, השווי הנוכחי של ה"עוגה החוזית" הוא $p(V_H - C - D - T)$ (אני מניח כי ערכו של ביטוי זה אינו שלילי. אחרת, גם בשלב זה לא ייכרת הסכם). הצדדים צפויים לחלוק בו בהתאם לשיעור α .

התוצאה האפשרית השנייה היא זו שבה לא נכרת הסכם מותנה אך הקונה בוחר בכל זאת להשקיע בהשגת מידע. הקונה ינהל עם המוכר משא ומתן לכריתת חוזה רק אם התברר כי שווי הנכס עבורו הוא "גבוה". לפיכך, המוכר צפוי לדעת כי הקונה השקיע כבר בהשגת מידע וכי המידע שהתקבל הוא "חיובי". עקב כך צפוי המוכר ליהנות מעמדת מיקוח עדיפה בשלב זה: אם המוכר יקבל את האפשרות להכתיב את המחיר החוזי (וכך יקרה בהסתברות $(1 - \alpha)$), הוא ידרוש מחיר השווה לתועלת המרבית אותה עשוי הקונה להפיק, V_H , בניכוי חלקו של הקונה בהוצאות העסקה (אם התברר לקונה כי שווי הנכס אכן "גבוה", הוא יסכים למחיר זה; ואם התברר לו כי השווי הוא "נמוך", הוא ממילא לא יסכים גם למחיר הנמוך ביותר בו מוכן המוכר למכור את הנכס, C).

הנקודה החשובה היא, שבמחיר כזה מדובר מבחינת הקונה בחוזה הפסד, שהרי הוא כבר השקיע סכום R בהשגת מידע. אולם, מכיוון שבשלב שבו יתנהל המיקוח תהיה זו כבר הוצאה שקועה, צפוי הקונה להסכים לשלם עד מחיר של $V_H - \frac{1}{2}T$. לעומתו, המוכר אינו צפוי להסכים להתקשר בחוזה תמורת סכום הנמוך מ- C (המשקף, כך ההנחה, את השווי החלופי של הנכס או את עלות הייצור שלו), בתוספת מחצית הוצאות העסקה.

20 לשם פשטות, אני מתעלם מן הצורך להוון את העלות T בהתאם למועד שבו נכרת החוזה – שלב 1, 3 או 4.

לפיכך, הצדדים צפויים להסכים בשלב 3 על מחיר השווה ל- $\alpha(C + \frac{1}{2}T) + (1 - \alpha)(V_H - \frac{1}{2}T)$. במקרה זה, תוחלת הרווח (בערכים מהווים לשלב 1) שיוכל הקונה להפיק מן החוזה – אם אומנם ישקיע בהשגת מידע – תהיה רק שיעור α מתוך "העוגה החוזית", $p(V_H - C - T)$. בהתאם, במקרה כזה המוכר צפוי לזכות בתוחלת רווח השווה (בערכי שלב 1) ל- $p(1 - \alpha)(V_H - C - T)$, ואילו לקונה צפויה תוחלת רווח השווה ל- $p\alpha(V_H - C - T) - R$.

מאידך גיסא, התוצאה האפשרית השלישית היא זו הנובעת מכריתת חוזה מותנה בשלב 1. במקרה זה, איש מן הצדדים אינו צפוי ליהנות מעמדת מיקוח עדיפה. כאמור לעיל, לשם הפשטת הדברים אני מתעלם בשלב זה מהעלות הכרוכה באובדן הזדמנויות למוכר עקב כריתת החוזה המותנה. תנאיו של חוזה האופציה יתבססו על ההערכה שהקונה אכן יבחר להשקיע בהוצאות להשגת מידע, שהרי אחרת אין מקום לחוזה יעיל בין הצדדים (לאור ההנחה ש- $\hat{V} < C$). לפיכך, הצדדים יעריכו כי החוזה יבוצע (או לא יפקע) בהסתברות p (היינו: ההסתברות שיתברר כי התועלת הצפויה לקונה היא "גבוהה"), וה"עוגה החוזית" (בערכי שלב 1) בה יתחלקו, שוב לפי השיעור α , תהיה $p(V_H - C) - (T + R)$.

בהתאם, המחיר אותו יידרש הקונה לשלם למוכר, בערכי שלב 3, אם יחליט לבצע את החוזה המותנה, יהיה $\alpha(C + \frac{1}{2}T/p) + (1 - \alpha)[V_H - (\frac{1}{2}T + R)/p]$. במקרה של החוזה המותנה, המחיר המינימלי לו יסכים המוכר יהיה גבוה מהמחיר המינימלי לו הוא צפוי להסכים כאשר מדובר בחוזה שאינו מותנה (ושנערך רק בשלב 3), משום שהוא נדרש לשאת בהוצאות העסקה בכל מקרה, ולא רק כאשר מתברר כי התועלת לקונה היא גבוהה, כפי שקורה במקרה האחר. סיבה דומה תגרום לירידה במחיר המרבי אותו יהיה מוכן הקונה לשלם במסגרת החוזה המותנה; בכיוון דומה תפעל העובדה שבמקרה זה החוזה נכרת בטרם השקיע הקונה בהוצאות להשגת המידע, עובדה המשפרת, כאמור, את עמדת המיקוח שלו²¹.

תוצאת שיווי המשקל תלויה בערכי הפרמטרים. אסתפק בתיאור התלות שבין תוצאת שיווי המשקל לבין היקף ההשקעה הדרוש בהשגת מידע, R , כדי להדגים את הטיעון בדבר חוסר היעילות האפשרי של שיווי המשקל.

21 אני מתעלם מדרך הפעולה הרביעית, שבה הצדדים מתקשרים בהסכם מותנה אך הקונה נמנע מלהשקיע בהשגת מידע. משמעות הדבר היא שאני מניח, כי ערכי הפרמטרים מבטיחים כי בהינתן שהצדדים התקשרו בהסכם מותנה, מצבו של הקונה הוא עדיף אם הוא בוחר להשקיע בהשגת מידע לעומת מצב שבו הוא נמנע מכך. אם הנחה זו אינה מתקיימת, שיווי המשקל אינו subgame perfect, והמחיר המרבי שאותו ידרוש המוכר במסגרת החוזה המותנה עשוי להיות גבוה מזה המתואר בטקסט.

עבור ערכים גבוהים של R , התוצאה האופטימלית היא הימנעות מהשקעה בהשגת מידע, וממילא הצדדים צפויים להימנע במקרה כזה מכריתת חוזה מותנה. כך כאשר $R \geq pD$. מאידך גיסא, כאשר היקפה של ההשקעה הדרושה בהשגת מידע הוא נמוך יותר, התוצאה האופטימלית היא השקעה בהשגת מידע. אולם, אם הצדדים יימנעו מכריתת חוזה מותנה, הקונה עשוי להעדיף להימנע מהשקעה בהשגת מידע: כפי שראינו, תוחלת הרווח של הקונה אם הוא משקיע בהשגת מידע בלא שנכרת חוזה מותנה בין הצדדים, היא $p\alpha(V_H - C - T) - R$. לפיכך, הקונה יבחר להשקיע בהשגת מידע בלא שנכרת הסכם מותנה רק כאשר הדבר צפוי לשפר את רווחיו, לעומת מצב שבו יימנע מהשקעה בהשגת מידע, היינו: כאשר $p\alpha(V_H - C - T) - R \geq p\alpha(V_H - C - T - D)$.

כלומר: הקונה ישקיע בהשגת מידע, בלא שנכרת הסכם מותנה, רק אם $R \leq p\alpha D$. לפיכך, כדי לגרום לקונה להשקיע בהשגת מידע, עשוי להיות צורך בכריתת חוזה מותנה. זהו המצב כאשר היקף ההשקעה הדרוש להשגת מידע מקיים את התנאי הבא: $p\alpha D \leq R \leq pD$. עבור ערכים אלה, אם לא ייכרת הסכם מותנה, הקונה יעדיף להימנע מהשקעה בהשגת מידע. התוצאה תהא בלתי אופטימלית, שכן בהעדר השקעה בהשגת מידע, "העוגה החזוית" אינה המרבית האפשרית. תוצאה זו נובעת מכך שהקונה צופה להפיק מן ההשקעה במידע רק שיעור α מהתועלת שתנבע ממנה בפועל. לכן, הערך המרבי שאותו יהיה מוכן להשקיע יהיה רק שיעור דומה מן הערך המרבי הרצוי, כאשר לוקחים בחשבון את מלוא התועלת הנובעת מן ההשקעה במידע. לפיכך, ככל שכוח המיקוח של הקונה $-\alpha$ – צפוי להיות נמוך יותר, כך יידחו יותר השקעות יעילות בהשגת מידע.

התוצאה של השקעת-חסר בהשגת מידע מבוססת על העובדה שבמועד בו נערך המיקוח בין הצדדים (שלב 3), העלות הכרוכה בהשגת המידע כבר הוצאה על-ידי הקונה. הערך הרלבנטי מבחינתו של הקונה בשלב זה הוא רק התועלת שיוכל להפיק מהנכס אם אומנם ייכרת ההסכם בין הצדדים. בהתאם, תוצאת המיקוח בין הצדדים אינה צפויה לבטא התחשבות ב"עלות השקועה" של הוצאות ההסתמכות של הקונה. תוצאה זו מושגת הגם שההשקעה בהוצאות ההסתמכות היא בשיעור ידוע וניתן לאימות, והיא נובעת מהעיתוי שבו מבוצעת ההשקעה – בטרם הושלם המיקוח בין הצדדים²². דוגמא מספרית עשויה לסייע בהבהרת הטיעון. נניח כי ערכי הפרמטרים הרלבנטיים הם כדלקמן: $C = 100$; $V_L = 40$; $V_H = 150$; $p = 0.4$; $\alpha = 0.5$; $D = 30$; $R = 10$.

22 תוצאה דומה צפויה להתרחש גם בסוג המקרים השני, בו $V_L < C$ אך $\hat{V} > C$. גם כאן, אם הצדדים נמנעים מכריתת חוזה מותנה, וכירי המוכר מידע האם הקונה בחר להשקיע בהשגת מידע, צפוי המוכר ליהנות מעמדת מיקוח עדיפה. לכן, בדומה לטיעון שבטקסט, קונה הצופה זאת מלכתחילה עלול להימנע מהשקעה בהוצאות להשגת מידע, אף אם זו דרך הפעולה היעילה מבחינת התועלת המשותפת של הצדדים.

אלמלא ישקיע הקונה בהשגת מידע, הצדדים אינם צפויים להתקשר בהסכם (שהרי התועלת שצפוי הקונה להפיק מן החוזה היא, בתוחלת, $40 \times 0.6 + 150 \times 0.4 = 84$, בעוד שעבור המוכר שווי הנכס או עלות ייצורו הם 100). הצדדים עשויים לעשות כן רק בשלב 4, בו תתברר לקונה התועלת שהוא צפוי להפיק מהנכס; אולם, עקב תקופת ההמתנה הדרושה, שווי הנכס לקונה יהיה נמוך יותר, בהתאם לפרמטר D (כך שהתועלת לקונה תהיה, במקרה הטוב, רק $150 - 120 = 30$). השקעה בהשגת מידע צפויה להגדיל את הרווחה המשותפת של הצדדים: בהסתברות של 40%, השקעה של 10 תאפשר לצדדים להתקשר בהסכם כבר בשלב 2, ולאפשר לקונה להפיק תועלת גבוהה ב-30 מהתועלת שיוכל להפיק אם יאלץ להמתין עד לשלב 4. זוהי השקעה כדאית (שכן השקעה של 10 מבטאת המרה של סיכון לאבד תועלת של 30 בהסתברות של 40% – היינו: אם התועלת מן החוזה היא "גבוהה", אך הצדדים המתינו עד לשלב 4 – או לא לאבד דבר בהסתברות דומה – אם התועלת מן החוזה היא ממילא "נמוכה" – בתשלום ודאי של 10. קונה אדיש לסיכון, ובוודאי גם קונה שונא סיכון, יעדיפו להמיר את החשיפה לסיכון האמור בתשלום ודאי של 10 בלבד).

אולם, הקונה צפוי להימנע מהשקעה זו בהשגת המידע: כך יקרה אם הוא מעריך כי בעת ניהול המיקוח בשלב 2, לאחר שכבר השקיע את הסכום הדרוש לשם השגת המידע, אם כוח המיקוח יהיה בידי המוכר, הוא צפוי לנצל את העובדה שהסכום האמור כבר הוצא על-ידי הקונה. בשלב זה ידע כבר גם המוכר כי הקונה צפוי להפיק מן החוזה תועלת של 150, ולפיכך הקונה צפוי להסכים לשלם כל סכום הנמוך מסכום זה (בפרט, הקונה צפוי או להיאלץ להסכים לשלם גם מחיר הגבוה מ-140, המשקף את השקעתו בהשגת מידע, שהרי הוצאה זו כבר הוצאה במועד ניהול המיקוח). כלומר: השקעתו של הקונה בהשגת מידע תאפשר לו "להרוויח" את הסכום D רק אם כוח המיקוח יהיה בידי (כלומר: רק במחצית מן המקרים, בהתאם להסתברות α). אם כוח המיקוח יהיה בידי המוכר, הוא יהיה זה שיפיק את מלוא "העוגה החוזית", ובכלל זה את תוספת התועלת הנובעת מכריתת החוזה כבר בשלב 2, D. לכן, השקעה של 10 בהשגת מידע תניב לקונה תועלת של 6 בלבד ($\alpha p D = 0.4 \times 0.5 \times 30 = 6$) והיא אינה כדאית מבחינתו²³.

23 יש להבהיר, כי תוצאה זו נובעת מההנחה בדבר אופן עריכת המיקוח בין הצדדים, כאמור לעיל, בהערה 19; היינו: אין זו אלא הנחה כי כך אכן יקרה. הנחה זו נראית לי סבירה, לפחות במקרים רבים: כך כאשר אחד הצדדים אכן עשוי להיות בעל כוח מיקוח עדיף, המאפשר לו להכתיב את המחיר החוזי, וכך כאשר הצדדים חולקים ביניהם, בהתאם למוסכמה חברתית כלשהי, "עוגה חוזית" המבוססת על פעולותיהם מכאן ולהבא. מובן כי אם המוסכמה החברתית בעניין זה היא שונה, התוצאה היעילה עשויה להיות מושגת בלא צורך בהתקשרות בהסכם מותנה או בהתערבות של הדין. כפי שנראה להלן, בהערה 47, החלתה של החובה לנהוג בתום לב בדרך המוצעת כאן עשויה לסייע

הצדדים יכולים למנוע את התוצאה הבלתי יעילה הזו אם יתקשרו בהסכם מותנה. כפי שראינו, במקרה כזה הצדדים יסכימו מראש על המחיר – $\alpha C + (1-\alpha)V_H + \frac{1}{2}T/p + (1-\alpha)R/p$ – אשר ישקף (בערכים של שלב 3) חלוקה לפי כוח המיקוח היחסי α , ולא רק של תוחלת הרווח מן החוזה, אלא גם של עלות השגת המידע, R .

אולם, הדבר כדאי רק אם הוצאות העסקה הכרוכות בכריתת ההסכם המותנה אינן גבוהות מדי: כריתת חוזה מותנה היא כדאית רק אם היא נחוצה כדי להבטיח כי לקונה יהיה תמריץ להשקיע בהשגת מידע. אחרת, אם המוכר מעריך כי גם בלא כריתת הסכם מותנה הקונה ישקיע בהשגת מידע, הוא אינו צפוי להסכים להתקשר בהסכם המותנה: הדבר יגדיל את ההוצאה המשותפת של הצדדים ב- $(1-p)T$. מאידך גיסא, כאשר הקונה אינו צפוי להשקיע בהשגת מידע אם לא יתקשר בהסכם המותנה (משום ש- $R \geq p\alpha D$), ההתקשרות בחוזה המותנה צפויה להגדיל את הרווח המשותף של הצדדים ב- $R - pD$. לפיכך, ההתקשרות בחוזה המותנה כדאית לצדדים רק אם $D \geq T(1-p)/p$.

מאידך, אם תנאי זה אינו מתקיים, תוצאת שיווי המשקל עלולה להיות בלתי אופטימלית. כך יקרה אם יתקיימו שלושת התנאים הבאים: $p\alpha D \leq R \leq pD \leq T(1-p)$. מכוחו של אי-השוויון האמצעי, ההשקעה בהשגת מידע היא כדאית; מתוך אי-השוויון השמאלי נובע שהקונה יימנע מהשקעה בהשגת מידע אם לא ייכרת חוזה מותנה; ומשמעותו של אי-השוויון הימני היא שכריתתו של החוזה המותנה אינה כדאית (לעומת המצב בו יידחה מועד ההתקשרות לשלב 4). לפיכך, הצדדים יאלצו להסתפק בתוצאה שהיא בבחינת "הרע במיעוטו" (second-best) – חיסכון העלות הכרוכה בכריתת החוזה המותנה במחיר נשיאה בעלות הכרוכה בדחיית מועד ההתקשרות לשלב 4.

התוצאה של הימנעות מכריתת חוזה מותנה – ועקב כך הימנעות מהשקעה יעילה בהשגת מידע – עשויה לנבוע גם מעלויות נוספות הנובעות מכריתת חוזה מותנה, מעבר להוצאות העסקה הגבוהות יותר. כך, ניתן להוסיף לתיאור שהובא עד כאן את האפשרות שהתקשרות בחוזה המותנה עלולה לגרום לאובדן הזדמנויות למוכר בתקופת ההמתנה להשגת המידע: אם החוזה למכירת הנכס לקונה אכן ממומש, האפשרות של מכירה חלופית באה כבר לידי ביטוי בעלות המסומנת כ- C ; מאידך גיסא, אם החוזה (המותנה) למכירת הנכס לקונה אינו ממומש, משום שהתברר כי שווי של הנכס לקונה הוא נמוך, המוכר עלול לאבד הזדמנויות למכירת הנכס לאחר. ניתוח מלא של אפשרות זו מחייב שינוי יסודי של ההנחות של המודל כפי שתוארו עד כאן, אולם כדי להימנע מסרבול

בעיצוב תוכנה של מוסכמה חברתית שונה, שתאפשר להשיג את התוצאה היעילה גם בנסיבות שבהן ההתקשרות בחוזה מותנה אינה אפשרית או אינה כדאית.

בהצגת הדברים אמנע מכך. אציין רק, כי במקרה כזה התוצאה האופטימלית עשויה להיות הסכמה מראש על המחיר (כדי לתת לקונה תמריץ להשקיע בהשגת מידע), אך תוך מתן חופש לשני הצדדים לבטל את ההתקשרות. הקושי בהסכם "פתוח" מסוג זה הוא באכיפתו, שהרי הוא מותיר בידי המוכר כוח לנצל את עמדת המיקוח העדיפה שלו בשלב שלאחר ההשקעה בהשגת מידע, וזאת באמצעות האיום לממש את זכותו לבטל את ההתקשרות²⁴.

לפיכך, בעוד שהשגת התוצאה האופטימלית – השקעה בהשגת מידע – עשויה לחייב התקשרות בחוזה קודם לביצוע ההשקעה, ההתקשרות בחוזה מוקדם כזה עשויה להימנע, הן בשל העלויות הכרוכות בכריתתו של חוזה מוקדם שכזה, העוללות לרדת לטמיון, והן בשל קשיים באכיפתו של חוזה "פתוח" כאמור. נראה, לפיכך, כיצד ניתן להתמודד עם חוסר היעילות הנובע מהשקעת-חסר בהשגת מידע באמצעות התערבות של הדין בכלל, ובאמצעות הגבלת חופש הפעולה במשא ומתן בפרט.

3. הגבלת חופש הפעולה בשלב הטרם-חוזה

יסודה של התוצאה הבלתי רצויה של השקעת-חסר בהשגת מידע בחוסר האפשרות של המוכר להבטיח באופן אמין, כבר בשלב 1, כי לא ינצל את עמדת המיקוח העדיפה שתהא לו בשלב 3, לאחר שהקונה כבר השקיע בהשגת המידע. לשם כך ניתן לנקוט אחת משתי דרכים: האחת, "לכפות" על הצדדים הסכם (מותנה) כבר בשלב 1, באמצעות דוקטרינות של הצעה וקיבול (לרבות הדוקטרינה של "השתק הבטחה"). בדרך זו עשוי הדין לחסוך מן הצדדים את העלויות הכרוכות בכריתתו של ההסכם המותנה, על-ידי הכרה בקיומו של חוזה מחייב גם בלא שהצדדים נקטו את הפעולות הדרושות לכך במקרים אחרים²⁵. חסרונה של גישה זו הוא, בעיקרו של דבר, הפגיעה הנובעת ממנה ב"חופש מחוזה", הנתפס כאחד מאבני היסוד של חופש החוזים. אלה הם פני הדברים בייחוד במקרים שבהם היא תחייב הכרה בקיומו של קשר חוזה בין צדדים שכלל לא נפגשו בטרם ההשקעה בהוצאות ההסתמכות. גישה זו אף עשויה להוביל לתוצאות בלתי

24 באופן דומה, אם תוצאות הבדיקה שעורך הקונה אינן ניתנות לאימות, המוכר מסתכן בכך שהקונה יבחר לבטל את ההסכם גם במקרים שבהם יתברר כי התועלת שהוא צופה להפיק היא גבוהה, וזאת מסיבות אופורטוניסטיות (כגון הצעה לרכישת הנכס מגורם אחר, במחיר נמוך יותר). לדין בקשיים שבאכיפת "חוזה לנהל משא ומתן" או "חוזה לכרות חוזה" ראו, למשל, *Walford v. Miles*, [1992] 2 A.C. 128, שם נקבע כי חוזה לנהל משא ומתן אינו אכיף בשל העדר מסוימות. לביקורת על הלכה זו ראו N. Cohen "Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate" in *Good Faith and Fault in Contract Law* (J. Beatson and D. Friedmann eds., 1995) 25. כאמור, הצעות בכיוון זה הרצו על-ידי כץ (לעיל, הערה 4) וקרסוול (לעיל, הערה 4).

יעילות, הן בשל הפגיעה באפשרות של הצדדים להחליף ביניהם מסרים בלתי מחייבים במהלך המשא ומתן, והן בשל האפשרות שהתקשרות מוקדמת אינה הדרך היעילה – למשל, בשל החשש מפני אובדן הזדמנויות חלופיות למוכר במהלך ההמתנה לתוצאות הבדיקה, כאמור לעיל.

הדרך השנייה שבאמצעותה עשויה התערבות חיצונית לסייע לצדדים להשיג את התוצאה האופטימלית היא הגבלת חופש הפעולה של הצדדים במהלך משא ומתן המתנהל לאחר ההשקעה בהוצאות להשגת מידע. הגבלת כוחו של המוכר לנצל את עמדת המיקוח העדיפה שלו יכולה להיעשות באמצעות קביעת מחיר מרבי שאותו הוא רשאי לדרוש במשא ומתן המתנהל בשלב האמור. המחיר המרבי אמור להתחשב בהוצאות ההסתמכות שהקונה כבר הוציא עוד בטרם הושלם המיקוח. כך ישתתף המוכר לא רק בתועלת הנובעת מן ההשקעה בהוצאות ההסתמכות, אלא גם בעלות, ולקונה יהיה תמריץ להשקיע בהוצאות ההסתמכות סכום אופטימלי.

הגבלה כזו של חופש הפעולה של המוכר יכולה להיעשות באמצעות האיום לחייב את המוכר לפצות את הקונה בגין הוצאות ההסתמכות שהוציא האחרון, אם ידרוש המוכר מחיר הגבוה מזה ה"הוגן". הגדרתו של המחיר ה"הוגן" צריכה להיעשות כך שיובטח התמריץ של הקונה להשקיע בהוצאות להשגת מידע. ראינו לעיל, כי בהעדר הגבלה על כוח המיקוח של המוכר, הוא צפוי לדרוש בשלב 3 מחיר השווה ל- $V_H - \frac{1}{2}T$, ביודעו כי הקונה יאלץ להסכים לשלם מחיר זה, אף שמשמעות הדבר היא הפסד עקב ההתקשרות בחוזה (וזאת בהתחשב בהוצאות להשגת מידע, אשר כבר הוצאו).

ראשית נתייחס לאפשרות שהמחיר המרבי של המוכר יהיה רשאי לדרוש יוגבל ל- $V_H - \frac{1}{2}T - R$. למוכר לא כדאי לחרוג ממגבלה זו: כאמור, הקונה צפוי אומנם להסכים לשלם גם מחיר גבוה יותר, אולם במקרה כזה הוא יהיה זכאי לתבוע מן המוכר פיצוי בגין הוצאות ההסתמכות שהוציא²⁶. עקב כך, התמריץ של הקונה להשקיע בהוצאות להשגת מידע צפוי לגדול, אולם לא במידה מספקת: בהינתן הכלל המטיל אחריות על המוכר בתנאים האמורים, תוחלת הרווח שהקונה יוכל להפיק מהחוזה אם יבחר להשקיע בהשגת מידע תהיה: $p\alpha(V_H - C - T) - R[1 - p(1 - \alpha)]$. לפיכך, לקונה יהיה כדאי להשקיע בהוצאות להשגת מידע רק אם $R \leq p\alpha D/[1 - p(1 - \alpha)]$.

הוצאות ההסתמכות עדיין יהיו נמוכות מאלה האופטימליות, אולם גבוהות מאלה שיוצאו בהעדר הטלת אחריות כאמור (שכן $\alpha < \alpha/[1 - p(1 - \alpha)] < 1$). כלומר: הטלת

26 הזכות לקבלת פיצוי בגין הפרת החובה לנהל משא ומתן בתום לב קיימת גם אם המשא ומתן השתכלל לכדי הסכם. לפי סעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, "צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום לב, חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה...". בעניין זה ראו, למשל, ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 48.

האחריות על המוכר במקרה של הצעת מחיר "בלתי הוגן" עשויה להביא לכך שהקונה יבחר להשקיע בהוצאות הסתמכות להשגת מידע סכום גבוה יותר מהסכום שאותו היה משקיע אלמלא הוטלה האחריות.

הגבלת חופש הפעולה בדרך האמורה אינה מספיקה כדי להביא את הקונה לנהוג בדרך האופטימלית, בשל האפשרות שההשקעה בהשגת המידע הביאה דווקא להחלטה שלא להתקשר בהסכם. לפיכך, במקרה שהתועלת מהשגת המידע מתבטאת דווקא בהימנעות מהתקשרות בהסכם שאינו יעיל, הקונה אינו "מפוצה" בגין העלות הכרוכה בהשגת המידע. מאידך גיסא, הוא עדיין נאלץ לחלוק עם המוכר את התועלת המופקת מהשגת המידע. לכן ההשקעה שלו בהשגת מידע תהיה עדיין נמוכה – אם כי במידה פחותה כאמור – מזו האופטימלית.

כדי להשיג את התוצאה האופטימלית יש להטיל מגבלה נוקשה עוד יותר על המחיר המרבי שאותו רשאי המוכר להציע לאחר השקעתו של הקונה בהשגת מידע. המחיר אשר יבטיח את התוצאה הרצויה הוא זה שעליו היה מוסכם לו נכרת חוזה מותנה. כפי שראינו לעיל, במקרה כזה המחיר שאותו היה דורש המוכר (בערכי שלב 3) הוא $p\{V_H - [\alpha(C + \frac{1}{2}T) + (1 - \alpha)(V_H - \frac{1}{2}T - R/p)] - \frac{1}{2}T\} - R = p\alpha(V_H - C - T) - \alpha R$ בהסתמך על הגבלת חופש הפעולה של המוכר מכוח הדין, הוא יזכה לתוחלת רווח השווה ל:

$$p\{V_H - [\alpha(C + \frac{1}{2}T) + (1 - \alpha)(V_H - \frac{1}{2}T - R/p)] - \frac{1}{2}T\} - R = p\alpha(V_H - C - T) - \alpha R$$

כלומר: הקונה יבחר להשקיע בהוצאות להשגת מידע אם

$$p\alpha(V_H - C - T) - \alpha R \geq p\alpha(V_H - C - T - D)$$

היינו: אם $R \geq pD$, כפי שיעיל.

לפי כלל שכזה, המוכר יוגבל למחיר מרבי הגמוך משווי של הנכס לקונה בסכום הגדול מהוצאות ההסתמכות שהוציא הקונה בפועל. הגדלת הסכום שבו מופחת המחיר המרבי שאותו רשאי המוכר לדרוש נועדה "לפצות" את הקונה בגין המקרים שבהם כלל לא ייכרת חוזה (משום שיתברר כי שווי של החוזה לקונה הוא נמוך). אם תוטל מגבלה מסוג זה על חופש הפעולה של המוכר במשא ומתן, יובטח כי בכל מקרה שבו התוצאה האופטימלית מבחינת תועלתם המשותפת של הצדדים היא השקעה בהשגת מידע, הקונה אכן יבחר להשקיע בהשגת מידע גם בלא שנכרת בין הצדדים הסכם קודם להשקעה זו.

27 למעשה, במקרה של חוזה מותנה המחיר שאותו דורש המוכר הוא $V_H - (\frac{1}{2}T + R)/p$, אך כעת ההוצאות לכריתת החוזה יוצאו רק אם התברר כי שווי של הנכס הוא "גבוה".

המשמעות של כלל מסוג זה היא כי במקרה של הפרת החובה "לנהוג בתום לב" (במובן המתואר כאן) יחויב המוכר לפצות את הקונה בסכום הגבוה מהוצאות ההסתמכות שהוציא הקונה בפועל. הטלת חובת פיצוי גבוהה כזו דרושה כדי להבטיח שהמוכר אכן יעדיף לדרוש, לכל היותר, את המחיר המרבי שצוין (ולא מחיר גבוה יותר, תוך נכונות לפצות את הקונה בגובה הוצאות ההסתמכות שלו, R). אומנם, אין זה מקובל להטיל חובת פיצוי בסכום הגבוה מן הנזק שנגרם בפועל, אולם הדבר אפשרי. למשל, במסגרת של "פיצויים עונשיים", אותם מוצדק להטיל, לפי הגישה הכלכלית, במקרים שבהם קיים סיכוי כי המזיק לא יאותר. במקרים כאלה, כאשר המזיק מאותר, מוטב להטיל עליו חובת פיצוי בשיעור הגבוה מסכום הנזק שנגרם בפועל. כדי להשיג הרתעה אופטימלית של המזיק, הפיצוי שיוטל עליו אם יאותר צריך להיות שווה לסכום הנזק בפועל חלקי ההסתברות של איתור המזיק, כפי שהוערכה מלכתחילה²⁸. באופן דומה, גם בהקשר הנדון כאן ניתן להצדיק – לפחות במישור העקרוני – את חיובו של המוכר, אשר נהג שלא בתום לב כמשא ומתן, בפיצוי של הקונה בסכום הגבוה מהוצאות ההסתמכות שהוציא הקונה בפועל (אף שפסיקת פיצויים עונשיים אינה מקובלת בישראל).

לפיכך, הגבלת חופש הפעולה של צד למשא ומתן עשויה להגדיל את התמריץ של הצד האחר להשקיע באופן אופטימלי בהוצאות ההסתמכות הדרושות להשגת מידע בדבר כדאיות ההתקשרות. הכוונה מקורבת של התנהגות הצדדים תחייב הערכה של הוצאות ההסתמכות שבהן נשא הקונה ושל שווי הנכס לקונה. לצורך הכוונה מדויקת יותר יידרש בית המשפט להשיג מידע גם באשר להסתברות, כפי שהוערכה מלכתחילה באופן סביר, כי יתברר ששווי של החוזה עבור הקונה הוא "גבוה".

ג. הרחבות אפשריות של המודל

בטרם אפנה לדיון בתוצאות הנובעות מהמודל שהוצג לעיל, אני מבקש להוסיף שתי הערות באשר להרחבות אפשריות שלו. ההערה הראשונה דנה בהעשרה אפשרית של המודל באמצעות התייחסות להיקף ההשקעה בהשגת מידע, ולא רק להחלטה האם להשקיע בכלל בהשגת מידע. הרחבה מסוג זה עשויה לאפשר התקרבות של המצב המתואר במודל לסיטואציות נפוצות. ההערה השנייה מתייחסת להכוונה אפשרית של

28 לעניין זה ראו, למשל, A.M. Polinsky & S. Shavell "Punitive Damages: An Economic Analysis" 111 Harv. L. Rev. (1998) 870.

התנהגות הצדדים לא רק במשא ומתן המתנהל לאחר ההשקעה בהוצאות להשגת מידע, אלא אף במשא ומתן הנערך (אם אכן כך) קודם להשקעה זו.

1. הכוונה של היקף ההשקעה בהשגת מידע

ההנחה במודל שהוצג לעיל היא כי קיימת אפשרות להשיג את המידע הרלבנטי בלא שהוגדר במסגרת המודל כיצד מושג המידע. הדיון התמקד במשא ומתן המתנהל בין קונה ספציפי לבין מוכר ספציפי. אולם, במקרים רבים ההשקעה עשויה להתבטא לא רק בהשגת מידע על ההתקשרות עם המוכר הספציפי. היא עשויה לכלול גם את עצם הבחירה של הצד השני להתקשרות. כך, למשל, מעביד המבקש לשכור את שירותיו של עובד נדרש להשקיע משאבים לא רק לשם השגת מידע בדבר התאמתו של מועמד ספציפי אלא גם לשם יצירת הקשר הראשוני עם מועמדים פוטנציאליים. הוא יכול לבחור להשקיע משאבים מועטים בפרסום ובהשגת מידע ולהיחשף למספר מועט של מועמדים פוטנציאליים; או להשקיע משאבים רבים יותר, אשר יגדילו את מספרם של המועמדים, שמתוכם ייבחר העובד המתאים ביותר, למשל באמצעות פרסום מכרז "סגור" (המופנה למועמדים ספציפיים בלבד). המעביד יכול גם לבחור במכרז "פתוח", בו יכולים להשתתף הכל, תוך בחירה של ההשקעה בהבאת דבר פרסומו של המכרז לציבור²⁹. נמצא, כי המעביד נדרש להחליט מה יהיה היקפה של ההשקעה הכוללת בהשגת מידע, היינו: מהו מספרם של המועמדים שאודותיהם הוא מבקש להשיג את המידע הרלבנטי, ושמיתוכם ייבחר הפרט שעמו ינוהל המשא ומתן.

הכללה של ההשקעה בהשגת מידע, באופן שתכלול גם את הבחירה במספר המתקשרים הפוטנציאליים לגביהם ישקיע הקונה (או המוכר) משאבים לשם השגת מידע, מאפשרת לתאר קשר בין היקף ההשקעה בהשגת מידע לבין התועלת שניתן יהיה להפיק מן החוזה: השקעה גבוהה יותר תגדיל את המדגם של המועמדים שמתוכם ייבחר המועמד המועדף, וממילא תגדיל את ההסתברות שההתקשרות שתיבחר תניב תועלת גבוהה יותר. לכן, ניתן להציג את התוצאה שהובאה לעיל באמצעות מודל חלופי. מדובר, כאמור, בבחירה מתוך קבוצה נתונה של התקשרויות פוטנציאליות, כגון קבוצה של נכסים. איכותם של האברים השונים בקבוצה אינה אחידה. לקונה נדרשת עלות נתונה לשם בדיקת שוויו של כל אבר בקבוצה, היינו: את התאמתו לצרכיו. מאידך גיסא, ככל שהקבוצה שמתוכה נבחר המועמד הטוב ביותר היא גדולה יותר, כן גדלה, בתוחלת,

29 דרך אחרת לראות זאת היא בהגדרתם של התנאים המקדמים להגשת הצעות במכרז: קביעת תנאי סף גבוהים תקטין את מספרם של המועמדים שיגישו הצעות על-פי המכרז, ולכן את היקף המשאבים שיושקעו בבחירת המועמד המתאים ביותר. קביעת תנאי סף נמוכים תפעל בכיוון ההפוך.

התועלת שיפיק הקונה מהנכס שיבחר לרכוש. משתנה ההחלטה כאן – היקף ההשקעה בהוצאות הסתמכות לשם השגת מידע – הוא גודלה של קבוצת המוכרים הפוטנציאליים. התוצאה המתקבלת במקרה זה דומה לזו שהוצגה לעיל. הנחת המוצא היא כי המועמד שעמו בחר הקונה לנהל את המשא ומתן יודע מה היתה השקעתו של הקונה בהשגת המידע, וכן הוא יודע את התועלת שהקונה צופה להפיק מהחוזה בהינתן השקעה זו. לכן, המוכר (או העובד) צפוי להציע מחיר השווה לתועלת שאותה עשוי הקונה להפיק, בהינתן השקעתו במידע. הקונה (או המעביד), הצופה תהליך זה מלכתחילה, יעדיף לכן להשקיע סכום נמוך יותר בהשגת המידע.

כדי להגיע לפתרון חוזי להשקעת-החסר בהשגת מידע במקרה זה נדרש הקונה להגיע להסכמה מוקדמת עם כל המועמדים, עוד בטרם השקיע בהשגת מידע. המחיר המוסכם ייקבע מראש, והמוכר ייקבע בהתאם לבדיקה שיערוך הקונה. ההסכמה המוקדמת הנדרשת במקרה זה היא מסוג המכרזים שבהם המחיר נקבע מראש על-ידי הקונה, והתחרות היא רק ביחס לאיכות הנכס או השירות שיספקו לו. עם זאת, במקרים רבים עשויות עלויות העסקה הגבוהות למנוע את האפשרות להגיע להסכמה מוקדמת מעין זו. הגבלת המחיר שאותו רשאי לדרוש המוכר, אשר נבחר כגורם עמו ינוהל המשא ומתן, עשויה להביא, כמו קודם, להשגת התוצאה היעילה. הגדרתו של מחיר כ"הוגן" צריכה להתחשב, גם כאן, בעלויות השגת המידע שהקונה נדרש להשקיע³⁰.

2. יצירת מצג על-ידי הצד השני למשא ומתן

בדיון שהובא לעיל תוארה התנהגותו של צד (המוכר) שנמנע מהשקעה בהשגת מידע כפסיבית במידה רבה. התוצאה הבלתי יעילה נגרמה אומנם ב"אשמתו", אולם זאת רק משום שסדר הפעולות היה כזה, שבשלב המיקוח הקונה כבר הוציא את הוצאות ההסתמכות. בהתאם, ההתמודדות עם בעיית השקעת-החסר התמקדה בהצעת המחיר של המוכר. בנסיבות מסוימות עשוי להתעורר צורך לכוון את התנהגותו של המוכר גם בשלב הקודם להשקעה בהשגת מידע. הסיבה לכך היא שלמוכר עשוי להיות תמריץ לגרום לקונה להשקיע בהוצאות להשגת מידע, גם אם אין זו דרך הפעולה הצפויה היעילה מבחינת תועלתם המשותפת של הצדדים.

כזכור, אני מניח שהמידע בדבר התועלת שהקונה צפוי להפיק מהנכס אינו מצוי בידיו של המוכר. במובן זה, הטלתן של חובות גילוי אינה צפויה להועיל. עם זאת, החלטתו של הקונה אם להוציא את ההוצאה הדרושה לשם השגת המידע, מבוססת על

30 אם מדובר באיסוף מידע הנעשה באופן סדרתי, צריך יהיה להתחשב במיקומו בסדרה של כל אחד מן המוכרים-בכות. בעיה זו אינה קיימת כאשר ההשקעה בהשגת המידע נעשית במלואה קודם לבחירה במועמד הזוכה.

הערכתו באשר להסתברות שאומנם יתברר כי שווי הנכס הוא "גבוה" (זו ההסתברות אשר מסומנת כאן כ- p). ככל שהסתברות זו גבוהה יותר, כן רבות הוצאות ההסתמכות בהשגת מידע שהקונה יהיה מוכן להוציא. ההערכה בדבר הסתברות זו עשויה להתבסס על המצגים שיוצר המוכר.

אם מגיחים כי המוכר יכול להשפיע, באמצעות המצגים שהוא יוצר, על הערכתו של הקונה בדבר ההסתברות p המתאימה לתוזה המוצע לו, עשוי להתעורר צורך לכוון את התנהגותו של המוכר גם בשלב הקודם להשקעת הקונה בהשגת מידע. למוכר יש אינטרס לגרום לקונה לסבור כי ההסתברות p היא גבוהה, אם לא נכפית עליו הגבלת המחיר האופטימלית שנדרונה לעיל: כפי שראינו, המוכר יכול או ליהנות מחלק מהתועלת הנובעת מהשקעתו של הקונה בהשגת מידע, בלא שיאלץ להשתתף בעלות הנובעת מכך. לכן, אם המוכר יכול לעודד את הקונה להשקיע בהשגת מידע באמצעות יצירת מצגים שונים שתכליתם להביא את הקונה לסבור – גם אם בטעות – כי ההסתברות p היא גבוהה, עלולה להתקבל השקעה גבוהה מזו האופטימלית בהשגת מידע.

כדי להתגבר על תוצאה זו, יש מקום להטיל אחריות בגין ניהול משא ומתן שלא בתום לב על צד לחוזה אשר יצר מצג שהביא את חברו להוציא הוצאות הסתמכות בהיקף גבוה מזה האופטימלי. באופן זה, התועלת שיפיק המוכר מכך שיגרום לקונה להשקיע בהוצאות הסתמכות תהיה נמוכה יותר, שכן אם יתברר לקונה כי התועלת שהוא צפוי להפיק מן הנכס היא נמוכה, המוכר עלול לשאת בהוצאות ההסתמכות של הקונה. לפיכך, התמריץ של המוכר ליצור מצגי שווא יהיה נמוך יותר.

עקרונית, במקרים של מצגי-שווא כאמור יש מקום להטיל על המוכר לשאת בהוצאות שהוציא הקונה להשגת מידע גם כאשר התברר לקונה כי שוויו של הנכס הוא "גבוה", וזאת כדי להשיג הרתעה מלאה של המוכר. אולם, יש קושי לזכות במקרה כזה את הקונה בפיצוי, כאשר למעשה לא רק שלא נגרם לו נזק, אלא הוא אף התעשר בזכות מצג השווא של המוכר. מעבר לכך, כדי להטיל חבות מן הסוג האמור נדרש לפרוש בפני בית המשפט מידע רב. לכן צפויים קשיים ניכרים בהפעלתו של הסדר מעין זה להכוונת התנהגותו של המוכר. עם זאת, האיום בהטלת אחריות לפיצוי הקונה (במקרה שלא נכרת תוזה) בגין הוצאות ההסתמכות שהוציא עשוי לשמש כאמצעי להפחתה, ולו חלקית, של התמריץ של המוכר ליצור מצגי שווא כאמור.

ד. הגדרת היקפה של ההשקעה האופטימלית בהשגת מידע

נקודת המוצא המרכזית של הטיעון שהובא לעיל היא כי לשני הצדדים למשא ומתן יש אינטרס שהקונה ישקיע משאבים (עד היקף מסוים) בהשגת מידע בדבר כדאיות העסקה המוצעת לו. משום כך, הטלת החובה לנהוג במשא ומתן בתום לב ובדרך מקובלת

נתפסת כרצויה, בהיותה הכלל היעיל. במסגרת זו אני מבקש להתייחס להערה באשר לתועלת החברתית (או, בהקשר החוזי, התועלת המשותפת של הצדדים) מהשגת המידע: כזכור, המידע שבו מדובר כאן אינו צפוי להגדיל כשלעצמו את התועלת שיפיק הקונה מהזכאות נשוא החוזה. לפיכך, השאלה היא האם אומנם יש אינטרס לעודד השקעה בהשגת מידע מעין זה?

Hirshleifer הראה כי ככל שמדובר במידע הצפוי להפוך לנחלת הכלל במועד כלשהו בעתיד, הרי שב"כלכלת חליפין טהורה" (pure exchange economy), שבה אין ייצור, אין כל תועלת חברתית מהקדמת השגתו של מידע כאמור (foreknowledge). אומנם, לפרט המשקיע בהשגת המידע עשויה לצמוח מכך תועלת, אולם זו תבוא על חשבון הפרטים שעמם יתקשר בחוזה. משום כך, אין לחברה אינטרס לעודד השקעה בהשגת מידע מסוג זה.³¹

על יסוד טיעון זה בוקרה גישתו של Kronman, לפיה הכרה בקיומה של חובת גילוי של מידע "פרטי" שבידי צד לחוזה (או בקיומה של עילת ביטול בידי הצד חסר המידע), צריכה להתבסס על השאיפה להבטיח כי לצדדים יהיה תמריץ להשקיע משאבים בהשגת מידע.³² הביקורת על גישה זו טוענת כי האינטרס בהבטחת התמריץ להשקיע בהשגת המידע אינו ברור מאליו. ככל שמדובר במידע מסוג foreknowledge, הרי שבהעדר ייצור השפעתו היא "חלוקתית" במהותה, בלא הגדלה של "העוגה החוזית".³³

מאידך גיסא, בסוג המקרים הנדון כאן, התועלת שתצמח מהקדמת השגת המידע נובעת מההנחה שהמידע נחוצך לשם הקצאה יעילה של הזכאות נשוא החוזה. הקדמת השגת המידע מאפשרת להקדים את המועד שבו תוקצה הזכאות בצורה יעילה. באופן זה, השגת המידע צפויה להגדיל את "העוגה החוזית", ומכאן האינטרס המשותף של הצדדים לעודד את הקונה לפעול להקדמת השגת המידע.

כדי להדגים זאת, אתייחס בקצרה לפסק־הדין האמריקאי בעניין *Laidlaw v. Organ*.³⁴ בפרשה זו נרכש טבק דקות ספורות לפני עליית מחירו, בהסתמך על מידע פרטי שהיה לקונה אודות העלייה הצפויה במחיר (בשל הסרת המצור על הנמל והחידוש

31 J. Hirshleifer "The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity" 77 *Am. Econ. Rev.* (1977) 561, 562-566.

32 A.T. Kronman "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts" 11 *J. Leg. Stud.* (1978) 1.

33 J.L. Coleman, D.D. Heckathorn, & S.M. Maser "A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law" 12 *Harv. J. of L. & Pub. Pol'y* (1989) 639, 691-695; J.K. Smith & R.L. Smith "Contract Law, Mutual Mistake, and Incentives to Produce and Disclose Information" 19 *J. Leg. Stud.* (1990) 467.

34 *Laidlaw v. Organ* 15 U.S. (2 Weat.) 178 (1817).

הצפוי של יצוא הטבק). בית המשפט קיבל באופן עקרוני את טענתו של הקונה, לפיה לא היתה מוטלת עליו חובה למסור למוכר את המידע הפרטי שהיה ברשותו. ברוח טיעונו של Hirshleifer, ההכרעה בעניין זה צריכה להיקבע בהתאם למידת התועלת החברתית הצפויה מהשגת המידע על-ידי הקונה: יש לעודד את השגת המידע (באמצעות הכרה בקיומה של זכאות למידע בידי הקונה), אם השימוש במידע הפרטי מביא ל"שכלול השוק" ולכן ליעילות בייצור. כלומר: אם ביצוע העסקה מביא להתאמת מחיר השוק של הנכס, המידע ה"פרטי" של הקונה צפוי להגיע לגורמים שונים – כגון חקלאים העשויים לגדל טבק, בעלי אניות המובילות סחורה חקלאית ושכמותם – שיוכלו להקדים את התאמת פעילותם לשינוי הצפוי, ובכך להגדיל את הרווחה החברתית³⁵. מאידך גיסא, אם המידע אינו צפוי להביא אלא להגדלת חלקו של הקונה ב"עוגה החוזית" (וזאת אם העסקה תבוצע במחיר שאינו משקף את המידע הפרטי שבידי הקונה), אין כל אינטרס חברתי לתת לקונה תמריץ להשקיע בהשגת מידע כזה. במקרה כזה יש מקום לאפשר למוכר להביא לביטול העסקה³⁶.

משמעות הדבר היא, כי את משקלו של הטיעון שהובא לעיל באשר להגבלת חופש הפעולה במשא ומתן צריך לסייג בהתאם לאבחנה האמורה³⁷. אין זה ברור כי בכל מקרה שבו צד לתורה השקיע בהשגת מידע, יש למנוע מהצד השני לחוזה לנצל עובדה זו לטובתו, תוך ניצול עמדת המיקוח העדיפה שלו. אם ממילא אין לצדדים (או לחברה בכללה) אינטרס לעודד את הקונה להשקיע בהשגת המידע שבו מדובר, אין גם מקום להגביל את חופש הפעולה של המוכר לנצל את עמדת המיקוח העדיפה שלו, ולהפיק

35 לטיעון מסוג זה ראו קרומן (לעיל, הערה 32), בעמ' 17-18; S.J. Grossman & O.D. Hart "Disclosure Laws and Takeover Bids" 35 J. Fin. (1980) 323.

36 לגישה זו ראו, למשל, קולמן ואח' (לעיל, הערה 33), בעמ' 693.

37 במקרים מסוימים, השקעה מוקדמת בהשגת מידע אף עלולה להיות מנוגדת לאינטרס הנפרד של כל אחד מן הצדדים. כך, למשל, הראה Shubik כי כאשר הסיכון שהצדדים לחוזה חשופים אליו אינו מסוג של "משחק על סכום אפס", פרטים שונאי סיכון יכולים לשפר את תועלתם אם יתקשרו בהסכם קודם להתממשות הסיכון: M. Shubik "Competitive equilibrium Contingent Commodities and Information" 17 J. Fin. (1977) 189. נניח, למשל, כי שני פרטים חשופים לסיכון כי אחד מהם יחויב לשלם מיליון ש"ח לצד ג' כלשהו (לחילופין ניתן להניח כי שני פרטים חשופים שאחד מהם יהיה זכאי לקבל מיליון ש"ח מידיו של צד שלישי). נניח עוד, כי לכל אחד משני הצדדים סיכוי שווה להיות זה שיאלץ לשאת בחובת החשלוס. בטרם השגת המידע חשוף כל אחד מהם לסיכון, לפיו בהסתברות של 50% יהיה עליו לשלם מיליון ש"ח. פרט שונא סיכון יעדיף לשלם בוודאות 500,000 ש"ח על פני החשיפה לסיכון (ובאופן דומה, פרט שונא סיכון יעדיף לקבל בוודאות 500,000 ש"ח על פני השתתפות בהימור בו הוא עשוי, בהסתברות של 50%, להרוויח מיליון ש"ח). לפיכך, הצדדים יוכלו לשפר את רווחתם אם יתקשרו בהסכם בטרם יושג המידע באשר לזהותו של הצד אשר יידרש לשלם את מלוא הסכום לצד השלישי.

בעצמו את התועלת הנובעת מהשגת המידע על-ידי הקונה. רק אם ההשקעה בהשגת המידע היא יעילה מבחינת הרווחה המשותפת של הצדדים (ולא רק מבחינת רווחיו של צד אחד לחוזה, כפי שהיה, כנראה, בפרשת *Laidlaw v. Organ*), יש מקום להבטיח את התמריץ של הקונה להשקיע כאמור, וזאת באמצעות הגבלת חופש הפעולה של המוכר. כאמור, הטיעון שהובא לעיל התבסס על ההנחה לפיה הקדמת מועד השגת המידע בדבר דרך ההקצאה היעילה עשויה לשפר את רווחתם של הצדדים, שכן היא תבטיח הקצאה יעילה של הזכויות. בהעדר השקעה בהשגת מידע, יימנעו חלק מההתקשרויות החוזיות היעילות – שהרי מי שמבקש לרכוש נכס או שירות כלשהו יאלץ להוון את הסכום שהוא מוכן לשלם בהתאם לסיכוי שהנכס או השירות המוצעים לו הם באיכות נמוכה או אינם מתאימים לצרכיו. כתוצאה מכך, גם ההיצע של הנכסים והשירותים יותאם למחיר הנמוך ביותר שקונים מוכנים לשלם, והרווחה החברתית תקטן. באופן דומה, בהעדר מידע עלולות להתבצע עסקאות שאינן יעילות, ואף משום כך, בהעדר השקעה בהשגת מידע עלולה להיפגע הרווחה הכוללת של הצדדים³⁸.

ה. תוצאות הדיון בראי הדיון הנוהג

כידוע, על צדדים המנהלים ביניהם משא ומתן לקראת כריתת חוזה מוטלת חובה לנהוג "בדרך מקובלת ובתום-לב"³⁹. אחת הדרכים המקובלות לפירוש של חובה זו (כמו גם של החובה לנהוג בתום לב בקיום של חיוב ובשימוש בזכות הנובעים מחוזה) היא לראות בה אמצעי להשלמת פערים בחוזה שבין הצדדים. הוראה זו מאפשרת לבית-המשפט להתאים את תנאי החוזה שנכרת בין הצדדים בהתייחס לנסיבות ולאירועים שאליהם לא התייחסו הצדדים במפורש. במובן זה, החובה לנהוג בתום לב משמשת כ"הוראת

38 הכוונה למצבים מן הסוג השני שהוגדר לעיל, היינו: מצבים שבהם $V_L < C$ אך $\hat{V} > C$. ניתן לטעון כי זהו סוג המקרים שאליהם משתייכות העובדות שנדונו בפרשת *Laidlaw v. Organ*.

39 בישראל מוסדר העניין בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, שם נקבע כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב", וכי "צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה". ראו גם *Restatement (Second) of Contracts* (1981) § 205; U.C.C. § 1-203: "Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement". לדיון בחובה לנהוג בתום לב ראו, למשל, ג' פרוקצ'יה "על תורת תום הלב" ספר זיכרון לגואלטירו פרוקצ'יה (א' ברק, נ' ליפשיץ, א' פרוקצ'יה ומ' א' ראבלו עורכים, תשנ"ז) 281; ש' רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא (תשנ"א) 33; וכן המאמרים המובאים בקובץ *Good Faith and Fault in Contract Law* (J. Beatson and D. Friedmann eds., 1995).

שסחום", שבאמצעותה יכול בית המשפט להתאים את החוזה לנוסח בו היו בוחרים הצדדים לו צפו מראש את הנסיבות הרלבנטיות, או אלמלא הוצאות העסקה להן הם חשופים⁴⁰.

ואכן, בית המשפט עושה שימוש בהוראה הכללית בדבר החובה לפעול בתום לב כדי להטיל על הצדדים נורמות התנהגות שאינן מנויות במפורש בחוזה שנכרת ביניהם. מובן כי היעדים שניתן להשיג בדרך זו הם מגוונים, ואינם מוגבלים ליעד של סיוע לצדדים להשיג את ההסדר היעיל⁴¹; עם זאת, נראה כי אין מניעה עקרונית להכיר גם ביעד של סיוע לצדדים להשיג את ההסדר האופטימלי מבחינתם⁴².

כפי שראינו לעיל, בהקשר הנדון כאן הוצאות העסקה להן חשופים הצדדים עלולות למנוע מהם להגיע להסכמה בטרם הושקעו המשאבים הדרושים לשם השגת המידע הרלבנטי. הטלת הגבלות על כוחו של צד למשא ומתן לנצל את עמדת המיקוח העדיפה שלו בשלב שלאחר ההשקעה של הצד השני בהוצאות הסתמכות – כביטוי לחובה לנחוג בתום לב במשא ומתן – מחליפה את ההסכמה המפורשת של הצדדים בעניין זה.

40 לגישה מסוג זה (אשר הרחלה בהקשר קרוב – הכרה בקיומן של חובות אמן בין צדדים לחוזה כמקור להשלמת "פערים" בחוזה) ראו, למשל, F.H. Easterbrook & D.R. Fischel "Contract and Fiduciary Duty" 36 J. Leg. Stud. (1993) 425, 427: "The duty of loyalty replaces detailed contractual terms, and courts flesh out the duty of loyalty by prescribing the actions the parties themselves would have preferred if bargaining were cheap and all promises fully enforced". לטעון דומה, המבוסס על דרך הנמקה הפוכה, ראו גם I. Ayres & R. Gertner "Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules" 101 Yale L. J. (1992) 729, 743.

41 ניתן למנות שני יעדים מרכזיים אחרים בהקשר זה: אחד מהם הוא עידוד התנהגות אלטרואיסטית; יעד זה מושג באמצעות חיובו של צד לחוזה (או למשא ומתן) "לפעול להגנת אינטרס של הצד האחר, מעבר למה שקבוע בנורמה המסדירה את יחסו עם אותו צד": מ' מאוטנר ירדית הפורמליזם ועליות הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) 58-59. לגישה זו ראו גם ח' דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601, 663-665. יעד אפשרי שני הוא החלת החובה לכבד את זכויות היסוד של האדם על צדדים לחוזה (ובעיקר את הזכות לשוויון). זהו ביטוי ל"תחולה עקיפה" של החובה לכבד זכויות אדם בתחומי המשפט הפרטי, בה דוגל הנשיא ברק. ראו, למשל, א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 162; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523.

42 באופן דומה ניתן לראות את החובה לנהל משא ומתן בתום לב כתחליף להסכמה מפורשת של הצדדים לנהל ביניהם משא ומתן ("חוזה לניהולו של משא ומתן" או "חוזה לכרות חוזה"). ראו ד' פרידמן ונ' כהן חודים (תשנ"א, כרך א) 314. D. Stack "The Tow Standards of Good Faith in Canadian Contract law" 62 Saskatchewan L. Rev. (1999) 201.

התערבות (כופה)⁴³ זו של הדין מאפשרת לצדדים להשיג את התוצאה היעילה, ובמובן זה היא משרתת את האינטרסים של הצדדים. הצורך בקיומו של דין כופה נובע מן העובדה שבמקרה הרגיל הצדדים אינם יכולים לקיים ביניהם משא ומתן מקדים, בטרם ההשקעה בהוצאות ההסתמכות, או להחליף התחייבויות מפורטות בעניין זה⁴⁴. אופיו הכופה של הדין מחליף את הצורך בהשגת הסכמה מפורשת⁴⁵.

הגבלת תופש הפעולה במהלך משא ומתן, הנובעת מהטלתה של החובה לפעול בתום לב במשא ומתן, כפי שהיא מקובלת על-פי הדין, מבוססת על אחד משני מקורות: האחד הוא שלילת הלגיטימיות של פעולות במהלך המשא ומתן העלולות לגרום לפגמים בחופש הרצון של הצד השני; והאחר הוא שלילת הלגיטימיות של חזרה מהתחייבויות או מהבטחות שיצרו ציפיות סבירות כלשהן אצל הצד השני, אף שאינן בגדר התחייבות חוזית⁴⁶. הטיעון שהובא כאן מתבסס, למעשה, על יסוד שלישי: שלילת הלגיטימיות של ניצול עמדת מיקוח עדיפה, אם הדבר נחוץ כדי לקדם את הרווחה המשותפת של הצדדים⁴⁷.

יישום החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן לקראת כריתת חוזה, כפי שנדון כאן, עשוי לבוא לידי ביטוי במקרים שבהם הצדדים הגיעו להסכמה חלקית, ונותר להם להסכים על התמורה החוזית או על עניינים אחרים השנויים במחלוקת. דוגמא לכך היא הפרשה שנדונה בפסק-הדין האמריקאי בעניין *Hoffman v. Red Owl Stores*⁴⁸. באותו מקרה נערך משא ומתן בין בעלת רשת חנויות לבין מי שביקש לקבל זיכיון להפעלת חנות. במהלך המשא ומתן לקבלת הזיכיון, שנמשך כשנתיים, הבטיחה החברה כי ההשקעה בה יידרש לשאת בעל הזיכיון תהיה בהיקף מסוים. בהסתמך על כך השקיע

43 הצדדים יכולים להתנות על היבטים קונקרטיים של החובה לנהוג בתום לב, אולם אין בכוחם להשתחרר כליל מתחולתה: ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ ג' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 462-463; פרידמן וכהן (שם), בעמ' 551-556.

44 לטיעון דומה (המתייחס לחובה לנהוג בתום לב בקיום חוזה) ראו T.J. Muris "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts" 65 *Minn. L. Rev.* (1981) 521.

45 לדיון ביחס שבין הטיעון בדבר ניסוח דיני החוזים בהתאם ל"הסכמה היפותטית" של הצדדים לבין ניסוח הדין על-פי קריטריון של יעילות במובן של תועלת משותפת מרבית ("יעילות במובן קלדור-היקס") ראו R. Craswell "Efficiency and Rational Bargaining in Contractual Settings" 15 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* (1992) 805.

46 לדין בעניין זה ראו, למשל, כהן (לעיל, הערה 24), בעמ' 33; N. Cohen, "Good Faith in Bargaining and Principles of Contract law" 9 *Tel-Aviv U. Stud. L.* (1990) 249.

47 בדרך זו עשוי הדין לסייע בעיצוב מוסכמה חברתית באשר לדרך חלוקת העוגה החוזית – התחשבות לא רק בהוצאות שטרם הוצאו אלא גם בכאלה שכבר הוצאו, אם ההשקעה בהן היא יעילה מבחינת התועלת המשותפת של הצדדים.

48 *Hoffman v. Red Owl Stores*, 133 N.W. 2d 267 (1965).

בעל הזיכיון המיועד הוצאות שונות. אולם, לאחר ההשקעה בהוצאות ההסתמכות דרשה החברה הגדלה של סכום ההשקעה. עקב כך נכשל המשא ומתן. בית המשפט הכיר בזכותו של בעל הזיכיון המיועד לפיצוי בשל הוצאות ההסתמכות שהוציא עקב הבטחת נציג החברה בדבר היקף ההשקעה הדרוש. ההבטחה בעניין זה אומנם לא התגבשה לכדי הסכמה חוזית, אולם החזרה ממנה לאחר ההשקעה בהוצאות ההסתמכות הוכרה כהפרה של החובה לפעול בתום לב⁴⁹.

ניתן להסביר תוצאה זו באמצעות המודל שהובא לעיל: בעלת הרשת ביקשה לנצל את העובדה שבעל הזיכיון המיועד כבר השקיע את הוצאות ההסתמכות כדי להשיג נתח גדול יותר מן "העוגה החוזית". התנהגות מסוג זה מהווה הפרה של החובה לנהוג בתום לב, משום שהיא עלולה לגרום למתקשרים בכוח להימנע מהשקעה בהוצאות הסתמכות, למרות שהשקעה זו היא הדרך היעילה בנסיבות העניין.

אכן, בפרשה זו בא לידי ביטוי גם קיומם של הבטחה או מצג מצדו של צד לחוזה באשר לתנאי ההתקשרות הצפויים. מאידך גיסא, במישור העקרוני לפחות, החלתו של הכלל שנדרון כאן אינה מותנית בקיומה של הבטחה מסוג זה. הגבלת חופש הפעולה של המוכר מוצדקת לפי הטיעון שהובא כאן, גם אם הוא לא יצר מצג כלשהו כלפי הקונה. עם זאת נראה, כי אם לוקחים בחשבון לא רק את הצורך לעודד השקעה אופטימלית בהוצאות הסתמכות – ובכלל זה הוצאות להשגת מידע – אלא גם גורמים נוספים, ניתן להצדיק את עידונו של ההסדר המוצע כאן ברוח זו: הגבלה גורפת של החופש של צד למשא ומתן לנצל עמדת מיקוח עדיפה עלולה להביא לפגיעה קשה בערך של חופש התווים⁵⁰. כדי לאזן בין השאיפה להבטיח "עוגה חוזית" מרבית ("יעילות") לבין ההגנה על הערך של חופש החוזים ("אוטונומיה של הפרט"), הגבלת חופש הפעולה במשא ומתן תוחל רק בנסיבות שבהן התקיים משא ומתן ממשי כלשהו בין הצדדים קודם להשקעתו של הקונה בהשגת המידע.

סייג מסוג זה עשוי לרכז את הקושי שבתוצאה (הנראית באופן אינטואיטיבי כבלתי סבירה) הנובעת מן הכלל שהוצע כאן (ברוח הכלל שהוצע על-ידי בבצ'וק ובן-שחר), לפיו עשויה להיות הצדקה להגבלת החופש של צד למשא ומתן לנצל עמדת מיקוח עדיפה, גם אם הצדדים מעולם לא נפגשו קודם להשקעה של אחד מהם בהוצאות הסתמכות. למעשה, תוצאה זו משקפת את התפיסה (לה יש מהלכים בגישה הכלכלית

49 E.A. Farnsworth "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations" 87 *Colum. L. Rev.* (1987) 217.

50 בעיקר בשל הפגיעה בחופש ההתקשרות (או "החופש מתווה").

למשפט) המכירה בלגיטימיות של כפיית "התקשרות יעילה"⁵¹. אם אין מקבלים תוצאה כזו, אך עדיין מבקשים לקדם את האפשרות של הצדדים לכבול את עצמם באופן אמין לדרך התנהגות מסוימת במשא ומתן שיערך לאחר השקעה בהוצאות הסתמכות על-ידי אחד הצדדים, ניתן להצדיק החלה מסויגת של הכלל הנדון כאן. סייג מהסוג של קיום משא ומתן ממשי בטרם ההשקעה בהוצאות הסתמכות עשוי להבטיח את קיומה של הסכמה עקרונית מצד המוכר להתקשר בחוזה, ובכך להחליש את עוצמתה של הפגיעה בחופש החוזים.

ו. סיכום

בדיני החוזים המודרניים ניכרת מגמה גוברת של התערבות בחופש ההתקשרות של הפרטים, וזאת, בין היתר, מכוח הגבלות שונות המוטלות על דרך ההתנהגות המותרת במהלך ניהולו של משא ומתן לקראת כריתת חוזה. התפיסה המקובלת בדיני חוזים היא כי ניתן להצדיק התערבות זו של הדין בחופש הפעולה של הצדדים על יסוד אינטרסים של הכלל, ובהם השרשת נורמות התנהגות הנתפסות על-ידי החברה כראויות⁵². על-פי הגישה הכלכלית ניתן לראות התערבות מסוג זה של הדין גם אמצעי לקידום תועלתם המשותפת של הצדדים, ובכלל זה תועלתו של אותו צד למשא ומתן שתופש הפעולה שלו מוגבל.

לפי גישה זו ניתן להצדיק חקיקה כופה בדיני חוזים במקרים בעלי מכנה משותף של "דילמת אסיר"⁵³: בנסיבות מסוג זה, השגת התוצאה האופטימלית (מבחינת תועלתם של הצדדים הנוגעים בדבר) מחייבת כל אחד מהצדדים לפעול בדרך מסוימת, של "שיתוף פעולה". אולם, על יסוד הנחות "פסימיות" (או "הובסיאניות") באשר להתנהגות

51 למשל, בתמיכה באפשרות "להגן" על זכויות באמצעות "כלל של אחריות" (liability rule). ראו בעניין זה ב' מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בגין הפרת חוזה" עיוני משפט כג (תשנ"ט).

52 ביטוי למגמה זו ראו, למשל, אצל נ' כהן "ה'שוויון' מול חופש החוזים" המשפט א (1992) 131; מ' מאוטנר (לעיל, הערה 41), בעמ' 58-59.

53 לדיון בטעמים מסוג זה להצדקת האופי הכופה של הוראות שונות בדיני חוזים ובדיני חברות ראו א' פרוקציה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! על תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי יסוד במשפט" משפטים יח (תשמ"ט) 395, 406-411; מ' אגמון וד' לחמן-מסר "היאורית האכיפה בחוק החברות החדש" משפטים כו (תשנ"ו) 543, 548-543. להסבר שונה של התועלת בהגבלות על חופש הפעולה של הצדדים (מניעת העלות הכרוכה באיתות) ראו P. Aghion & B. Hermalin "Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency" 6 J. L. Econ. & Org. (1990) 381.

האנושית, כל צד חושש מפעולה אופורטוניסטית של חברו, שעלול להפר את הבטחתו לנהוג על-פי המוסכם לשם הגדלת חלקו ב"עוגה" על חשבון האחר. לפיכך, כאשר פעולותיהם של הצדדים נעשות באופן סדרתי (ולא בזמנית), נדרש מנגנון שבאמצעותו יוכל כל צד לכבול את עצמו, באופן אמין, לדרך הפעולה המובטחת. זהו בסיס אפשרי להעמדת מנגנון שלטוני לאכיפת התחייבויות חוזיות לרשות הפרטים⁵⁴; וזהו טעם העשוי להצדיק את הגבלת חופש הפעולה של פרטים המנהלים ביניהם משא ומתן לקראת כריתת חוזה.

כפי שראינו, באמצעות הגדרה מתאימה של החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן לקראת כריתת חוזה ניתן להגדיל את תועלתם המשותפת של הצדדים. לשם כך יש להגביל את יכולתו של צד למשא ומתן לנהוג בדרך אופורטוניסטית, כלומר: לנצל את עמדת המיקוח העדיפה שלו, הנובעת מהשקעתו של חברו בהוצאות הסתמכות.

בטרם הושג המידע, ניתן לראות את הצדדים כמי שנמצאים מאחורי "מסך בערות" (Veil of Ignorance) רולסיאני⁵⁵. בשלב זה עליהם להסכים על אמת-מידה להקצאת הזכויות ביניהם. הנחת המוצא של הדיון היא כי הצדדים למשא ומתן מעדיפים להקצות ביניהם את הזכויות בצורה יעילה. לפיכך, ההקצאה עצמה תוכל להיעשות רק לאחר השגת המידע (בדבר ההקצאה היעילה) ולא קודם לכן. מכאן האינטרס המשותף של הצדדים לעודד השקעה בהשגת מידע – כדי לאפשר את יישומה של אמת המידה שנקבעה מאחורי "מסך הבערות", קרי: הקצאה יעילה של הזכויות. הצדדים צפויים היו, לפיכך, להעדיף לכרות חוזה מותנה, שיקבע כי הקצאת הזכויות תיעשה בדרך היעילה – וכפי שראינו, לעודד בכך השקעה בהשגת מידע. בהעדר אפשרות לכריתת חוזה כזה, נדרש לתת בדעיבר תוקף לשאיפתם זו של הצדדים באמצעות קביעת הסדרים שיאפשרו השקעה כזו⁵⁶.

בפסיקה האנגלו-אמריקאית ניכרה – לפחות עד לשנים האחרונות – רתיעה ניכרת מהכרה בקיומה של חובה לנהוג בתום לב במשא ומתן⁵⁷. משמעות הטלתה של חובה

54 לטיעון מסוג זה להצדקת האכיפה של התחייבויות חוזיות ראו, למשל, C.J. Goetz & R.E. Scott, "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract" 89 *Yale L. J.* (1980) 1261.

J. Rawls *A Theory of Justice* (1971) 55

56 להדגשת האינטרס של שני הצדדים בהשגת מידע לפני כריתת ההסכם ראו R. Craswell, "Precontractual Investigation as an Optimal Precaution Problem" 17 *J. Leg. Stud.* (1988) 401, שם נותנה התמודדות עם השקעת-חסר בהוצאות להשגת מידע לפני כריתת ההסכם באמצעות בחירה מתאימה של הסעדים בגין הפרת חוזה.

57 G. Kuehne "Reliance, Promissory Estoppel and Culpa in Contrahendo: A Comparative Analysis" 10 *Tel-Aviv U. Stud. L.* (1990) 279; E.A. Farnsworth "Good Faith in Contract

מעין זו היא הגבלת חופש הפעולה במשא ומתן וכן הגבלת החופש להסתמך על "כללי המשחק החוזיים" בניהול המשא ומתן⁵⁸. כך, כל עוד לא נכרת הסכם מחייב בין הצדדים, חופש החוזים אמור לאפשר למוכר (במודל שהובא כאן) לדרוש תמורה חוזית כרצונו⁵⁹. אולם, בחינת הדברים מנקודת המבט שהוצעה כאן עשויה לספק הצדקה להגבלת חופש הפעולה האמור, שיטודה בקידום תועלתם של הצדדים למשא ומתן. הגבלת חופש הפעולה של המוכר משרתת גם את האינטרס של המוכר, שכן היא זו המאפשרת לקונה להשקיע בהוצאות הסתמכות, ללא חשש שהדבר יחשוף אותו לסחיטה של המוכר.

התוצאה שהובאה כאן דומה לזו שהוצגה במחקרים קודמים שהתייחסו לתועלת שעשויים להפיק הצדדים מהגבלת כוחם לשנות בעתיד את תוכנו של ההסכם שכרתו⁶⁰. התוצאה שונה בכך שכאן נדרשת ההגבלה של חופש הפעולה של הצדדים במהלך המשא ומתן להיעשות על-ידי גורם חיצוני (המחוקק), שכן הצדדים צפויים להיתקל בקשיים להגיע להסכמה באשר לדרכי הפעולה המותרות במהלך המשא ומתן קודם לכריתת החוזה ביניהם⁶¹. הדברים שהובאו כאן נועדו להוסיף על אלה שהובאו על-ידי בבצ'וק ובן-שחר, באמצעות הסברת חוסר היכולת של הצדדים להתקשר בהסכם עוד קודם להשקעה בהוצאות ההסתמכות, ומכאן הצורך במעורבות חיצונית. הדבר נעשה על-ידי התמקדות בהוצאות המוצאות לשם השגת מידע בדבר כדאיות ההתקשרות.

Performance" in *Good Faith and Fault in Contract Law* (J. Beatson & D. Friedmann eds., 1995) 153.

58 ראו בעניין זה פרידמן וכהן (לעיל, הערה 42), בעמ' 518: "השיטה המסורתית האנגלית מאפשרת למתקשר לפעול על-פי כללי המשחק החוזיים ולנצל את החופש בשלבי המשא ומתן שאותם כללים מתירים לו. לעומת זאת, שיטה המטילה חובת תום לב בשלבי המשא ומתן תיטה להגביל את חירותם של הצדדים להתכחש להבטחה, שעל-פי כללי המשחק הפורמליים של דיני החוזים, היא עדיין בלתי מחייבת". ראו גם Farnsworth (לעיל, הערה 48), בעמ' 221.

59 למשמעותו של חופש החוזים בהקשר זה ראו כהן (לעיל, הערה 24), בעמ' 25.

60 לטיעון מסוג זה ראו, למשל, C. Jolls "Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification" 26 *J. Leg. Stud.* (1997) 203; T.Y. Chung "Incomplete Contracts, Specific Investments, and Risk Sharing" 58 *Rev. Econ. Stud.* (1991) 1031; P. Aghion, M. Dewatripont, & P. Rey "On Renegotiation Design" 34 *Euro. Econ. Rev.* (1990) 322; T.R. Lewis, M.K. Perry & D. E. M. Sappington "Renegotiation and Specific Performance" 52 *L. & Contem. Prob.* (1989) 33.

61 לתוצאה דומה, המבוססת על הנמקה שונה (הגבלת חופש הפעולה של צדדים למשא ומתן להבטיח הבטחות מסוימות עשויה להיות נחוצה כדי למנוע שיווי משקל שאינו יעיל, בו צד למשא ומתן נדרש לפעול בדרך שאינה אופטימלית מבחינתו, רק כדי שלא ייחשף מידע פרטי שברשותו), ראו Aghion & Hermalin (לעיל, הערה 56).

לבסוף, משמעות יישומו של הטיעון המובא כאן באשר לדרך החלתה של החובה לנהוג במשא ומתן לקראת כריתת חוזה "בדרך מקובלת ובתום לב", היא החלתן של אמות-מידה אובייקטיביות לבחינת תום לבם של הצדדים. בפסיקת בית-המשפט העליון בישראל ניכרת בשנים האחרונות מגמה ברורה של מעבר למבחנים אובייקטיביים לבחינת קיומו של תום לב במשא ומתן ובקיום חוזה⁶². הטיעון שהובא כאן עשוי לספק אמת-מידה נוספת לקביעת תוכנה הקונקרטי של החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן לקראת כריתת חוזה.

62 ראו, למשל, בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 834, 828: "תום הלב לעניין סעיף 39 לחוק החוים הוא 'אובייקטיבי' במובן זה, שעניינו אינו רק במצב הפסיכולוגי אלא אף בצורת התנהגות, הנקבעת על-פי סטנדרטים מסוימים, הנראים לחברה כראויים". זו היתה גם גישתו של פרופ' ג' פרוקצ'יה: "מהותו של מבחן תום הלב הנה אובייקטיבית"; ג' פרוקצ'יה (לעיל, הערה 39), בעמ' 302. לסקירה של הפסיקה בנושא בארץ ובמשפט המשווה ראו שם.

